

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

LUCAS PACIF DO PRADO MUNIZ

**A AUTODETERMINAÇÃO QUILOMBOLA NA SUPREMA CORTE
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO PROCESSO JUDICIAL DA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.239**

VITÓRIA

2018

LUCAS PACIF DO PRADO MUNIZ

**A AUTODETERMINAÇÃO QUILOMBOLA NA SUPREMA CORTE
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO PROCESSO JUDICIAL DA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.239**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Júlio César Pompeu

Co-orientador: Prof. Dr. Sandro José da Silva

VITÓRIA

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Bibliotecária: Perla Rodrigues Lôbo – CRB-6 ES-000527/O

M966a Muniz, Lucas Pacif do Prado, 1984-
A autodeterminação quilombola na suprema corte brasileira :
uma análise do processo judicial da ação direta de
inconstitucionalidade n.º 3.239 / Lucas Pacif do Prado Muniz. –
2018.
157 f.

Orientador: Júlio César Pompeu.
Coorientador: Sandro José da Silva.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Direito e antropologia. 2. Quilombolas - Direitos
fundamentais. 3. Quilombos. 4. Ação judicial. I. Pompeu, Júlio
César, 1971-. II. Silva, Sandro José da, 1968-. III. Universidade
Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas. IV. Título.

CDU: 340

LUCAS PACIF DO PRADO MUNIZ

**A AUTODETERMINAÇÃO QUILOMBOLA NA SUPREMA CORTE
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO PROCESSO JUDICIAL DA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.239**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Júlio César Pompeu
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Sandro José da Silva
Universidade Federal do Espírito Santo
Co-orientador

Prof.^a Dra. Brunela Vieira de Vincenzi
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro da Comissão Examinadora

Prof.^a Dr.^a. Gilsilene Passon P. Francischetto
Faculdade de Direito de Vitória
Membro da Comissão Examinadora

Prof. Dr. Humberto Ribeiro Júnior
Universidade de Vila Velha
Membro da Comissão Examinadora

Aos povos quilombolas do Brasil que através de suas lutas políticas
contribuem para a construção de uma sociedade mais justa.

AGRADECIMENTOS

Nessa jornada em busca de conhecimento e de formação pessoal e profissional estiveram comigo pessoas muito importantes que colaboraram para os resultados da minha pesquisa e dissertação.

Em primeiro lugar, agradeço aos Professores Júlio César Pompeu e Sandro José da Silva que, ao me admitirem no mestrado, acreditaram na realização desse trabalho que transformou minha forma de pensar o Direito e a ter uma visão mais reflexiva sobre a sociedade.

Especialmente quero agradecer ao Prof. Sandro José da Silva pelas muitas conversas e orientações que sempre me causavam inquietações. Por meio do diálogo, criamos condições para um pensamento crítico e rico sobre o Direito. Saiba que os seus ensinamentos são os pilares deste trabalho.

Agradeço toda a equipe do PPGDIR/UFES, ao Fernando pela prontidão nos esclarecimentos e ajudas sobre as exigências do programa e à Adriele pelo seu profissionalismo ao nos atender.

À Coordenadora do PPGDIR/UFES, Prof.^a Adriana Pereira Campos, pelas contribuições acerca da redação da dissertação de mestrado.

Sou grato à Prof.^a Gilsilene Passon e à Prof.^a Brunela Vieira pelas contribuições que fizeram para a estrutura dessa dissertação.

Agradeço aos colegas do mestrado pelos momentos de diálogo e de estudos; ao Arthur Lemos pela facilidade e presteza em compartilhar conhecimento e informações.

À minha esposa pelo incondicional apoio nessa caminhada. Sou grato pela sua dedicação, compreensão e colaboração para o nosso crescimento pessoal e profissional. Sem você comigo esse período seria muito mais difícil.

Agradeço a Deus por tudo. Pela vida e saúde e por ter me proporcionado essa grande oportunidade de conhecimento através de todas as pessoas que mencionei e daquelas que de alguma forma contribuíram para a realização desse trabalho.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é descrever a trajetória de institucionalização do direito de autodeterminação coletiva dos povos quilombolas no Ordenamento Jurídico brasileiro por meio do processo jurisdicional. A intenção é demonstrar de que forma esse direito previsto na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, vigente no Brasil desde 2004, foi apreendido pelos agentes do campo jurídico que atuaram no processo: de um lado como um direito incompatível com a Constituição de 1988 e demais legislações domésticas e, de outro, como um recurso jurídico capaz de influenciar na atribuição do sentido normativo do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que dispõe sobre o direito territorial das comunidades remanescentes de quilombo. O objeto de estudo que resulta esta dissertação é a ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.239 no âmbito do Supremo Tribunal Federal em que se concentra pedido para a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003 que estabelece os procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação dos quilombos. Trata-se de estudo de caso em que foram analisadas as mídias eletrônicas do processo judicial por meio da leitura de peças e visualização das plenárias de julgamento, com o registro e organização das informações obtidas. O foco de atenção recai sobre a alegada inconstitucionalidade material do decreto impugnado, relacionada diretamente ao direito de autodeterminação dos remanescentes. Durante a pesquisa constatou-se que o processo judicial, por aproximadamente 15 anos, transformou-se numa arena de lutas simbólicas pela consagração legítima da definição conceitual de quilombo, objeto aberto desde a retomada dos debates, à época da promulgação da Constituição de 1988, sobre quais os destinatários do art. 68. Verificou-se a confrontação de dois paradigmas conceituais: um de matriz colonial instituído pela legislação de 1740 e outro, contemporâneo, elaborado pela Associação Brasileira de Antropologia em 1994. Concluiu-se que a Corte legitimou o conceito antropológico de quilombo e construiu o significado normativo do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, institucionalizando-o com base nos elementos de autodefinição, etnicidade e territorialidade. Com isso estabeleceu condições de efetivação do acesso a terra às comunidades remanescentes, conforme previsto na Carta Constitucional de 1988.

Palavras-chave: Processo; Lutas Simbólicas; Quilombo; Autodeterminação Coletiva; Justiça.

ABSTRACT

The objective is to describe the trajectory of institutionalization of the right of collective self-determination of quilombolas peoples in the Brazilian Law through the judicial process. The intention is demonstrate how this right foreseen in Convention n.º 169 of International Labor Organization, in force in Brazil, was seized by the agents of the legal field who acted in the process: on the one side as a right incompatible with the Constitution of 1988 and other internal legislation and, on the other side, as a legal resource capable of influencing the attribution of the normative sense of art. 68 of the Transitory Constitutional Provisions Act that provides for the territorial right of the remaining quilombo communities. The object of analysis that results in this dissertation is the direct action of unconstitutionality n.º 3.239 in ambit of the Federal Supreme Court, where the request is filed for the declaration of unconstitutionality of Decree n.º 4.887/2003, which establishes the procedures for identification, recognition, demarcation and titling of quilombos. It is a case study in which the electronic media of the judicial process were analyzed through the reading of legal pieces and visualization of the plenary sessions, with the recording and organization of the information obtained. The attention focus falls on the alleged material unconstitutionality of the contested decree, directly related to the right of self-determination of the remnants. During the study, it was found that the judicial process, for approximately 15 years, became an arena of symbolic struggles for the legitimate consecration of the conceptual definition of quilombo, an object opened since the resumption of debates, at the time promulgation of the 1988 Constitution, about which would be recipients of art. 68. There was a confrontation of two conceptual paradigms: one with a colonial basement established by the 1740 legislation and the other contemporary, elaborated by the Brazilian Anthropology Association in 1994. It was concluded that the Court legitimized the anthropological concept of quilombo and built the normative meaning of the right of self-determination of quilombola peoples, institutionalizing based in the elements self-definition, ethnicity and territoriality. With this, it established conditions for the effective access to territory to the remaining communities, as provided for in the 1988 Constitutional Charter.

Keywords: Process; Symbolic Struggles; Quilombo; Collective Self-determination; Justice.

LISTA DE SIGLAS

ABA – Associação Brasileira de Antropologia

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia Geral da União

ANCRQ – Articulação Nacional das Comunidades Remanescentes de Quilombos

CADH – Convenção Americana sobre os Direitos Humanos

CNA – Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil

CNI – Confederação Nacional da Indústria

CNPTC – Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais

CONAQ – Coordenação Nacional das Comunidades Quilombolas

CONAQ – Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas

CONTAG – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CR – Constituição da República

CUT – Central Única dos Trabalhadores

DADDH – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

DADPI – Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas

DEM – Democratas

DNUDPI – Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

FCP – Fundação Cultural Palmares

FETAGRI – Federação dos Trabalhadores na Agricultura

GEDI/UFMG – Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais

ILO – International Labor Organization

IN – Instrução Normativa

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

ITERPA – Instituto de Terras do Pará

MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário

MPF – Ministério Público Federal

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PFL – Partido da Frente Liberal

PGR – Procuradoria Geral da República

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PNPCT – Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais

PPGDIR/UFES – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

RTID – Relatório Técnico de Identificação e Delimitação

SEPPIR – Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial

SRB – Sociedade Rural Brasileira

STF – Supremo Tribunal Federal

UFES – Universidade Federal do Espírito Santo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL	19
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS: UMA ORDEM INTERNACIONAL DE BASES COLONIAIS	19
1.2 OS CONCEITOS JURÍDICOS DE AUTODETERMINAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL	24
1.3 A AUTODETERMINAÇÃO NA CONVENÇÃO 169 DA OIT E ATUALIZAÇÕES POSTERIORES: DE MINORIA A POVO	30
1.3.1 Autodeterminação dos povos e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	38
1.4 AUTODETERMINAÇÃO, REDISTRIBUIÇÃO E RECONHECIMENTO	42
 2 QUILOMBOS	 49
2.1 O PARADIGMA CONCEITUAL HISTÓRICO - JURÍDICO DE 1740	49
2.2 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE 1988: AS SOMBRAS DO PARADIGMA REPRESSOR	55
2.3 É PRECISO CONCEITUAR OLHANDO PARA O PRESENTE: O STATUS DE ETNIA DOS POVOS QUILOMBOLAS	60
2.4 NOVO CONCEITO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO ESTATAL DOS DIREITOS QUILOMBOLAS: AUTODETERMINAÇÃO E ACESSO A TERRA	67
2.4.1 A Convenção n.º 169 da OIT entra no Ordenamento Jurídico brasileiro	73
2.4.2 O direito de autodeterminação dos povos quilombolas e o Decreto n.º 4.887 de 2003: identidade coletiva, etnicidade e territorialidade	79
 3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO PROCESSUAL DO DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS QUILOMBOLAS	 89
3.1 PROCESSO É SABER E SABER É PODER: A ADI n.º 3.239 E AS LUTAS POLÍTICAS EM TORNO CONCEITO DE QUILOMBO	89
3.2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.239	96
3.2.1 A Denúncia da Bancada Ruralista: petição Inicial e a classificação constitucional hierárquica de quilombo	98
3.2.2 Manifestação do Presidente da República e Pareceres da AGU e da PGR	106

3.2.3 Audiência pública e os <i>amicus curiae</i>	109
3.2.4 Uma decisão “lenta e gradual”: as plenárias de julgamento da ADI n.º 3239 e a decisão final	117
3.3 AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS QUILOMBOLAS: REDISTRIBUIÇÃO E RECONHECIMENTO TARDIOS	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
REFERÊNCIAS	147

INTRODUÇÃO

Escrever sobre as lutas dos povos quilombolas no campo jurídico foi uma grande oportunidade de conhecimento que muito acrescentou à minha formação pessoal e profissional. Devo dizer que essa fase de conhecimento provocou, em muitos momentos, frustrações e inquietações ante ao percurso histórico de racismos verificado ao se rememorar os quilombolas posicionados em subordinação nas estruturas de poder da sociedade nacional, mas ao mesmo tempo, um pouco de esperança, na medida em que o processo de análise de suas mobilizações pela efetivação de seus direitos apontava para a necessidade de reestruturação de uma das mais importantes instituições estatais – o Direito – ainda impregnado de normas culturais que insistem em manter estes e outros segmentos populacionais distantes das políticas de efetivação de direitos, marginalizando-os no interior da sociedade envolvente.

É preciso pontuar que o primeiro contato com o tema quilombo ocorreu, ainda, durante a minha graduação na Faculdade de Direito de Vitória (FDV), especificamente, em grupo de pesquisa coordenado pela Prof.^a Gilsilene Passon que inseria, e ainda o faz, na pauta de discussão temas sobre grupos produzidos como inexistentes na sociedade e no Direito, ao mesmo tempo em que fomentava reflexões sobre energias em direitos humanos capazes de reverter processos de invisibilidade social. Frequentei o grupo por dois anos nas reuniões que aconteciam às sextas-feiras, sendo que o tema quilombo esteve presente em artigos que elaborei e no trabalho de conclusão de curso.

Terminada a graduação, as inquietações persistiram. Foi quando ingressei no Programa de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR/UFES), no primeiro semestre do ano de 2016, após aprovação em processo seletivo de prova objetiva e aprovação do pré-projeto de pesquisa apresentado aos Professores Júlio César Pompeu e Sandro José da Silva. Desejava ter alguma clareza acerca das razões para a demora de quase 30 anos sem efetivação do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias (ADCT), que dispõe sobre a titulação de territórios quilombolas, e, por isso, a escolha da linha de pesquisa *Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos* aconteceu com base na possibilidade de refletir criticamente sobre possíveis situações de (in) justiça na efetivação desse direito.

Logo no início do mestrado, em 2016, matriculei-me na disciplina Teoria Social e Direito, ministrada pelo Prof. Júlio César Pompeu, inicialmente, e, depois, pelo Prof. Sandro

José da Silva, sendo este antropólogo vinculado ao PPGDIR/UFES. Durante as aulas ministradas pelo Prof. Sandro o tom crítico e reflexivo sobre vários aspectos do Direito e da forma como é manejado pelos agentes jurídicos pareceu-me estranho e, nesse momento, ao invés de escutar e ignorar optei pela tentativa de compreender o ponto de vista que trazia, sendo que no decorrer da disciplina comecei a perceber o modo determinista como pensava o Direito e, ao mesmo tempo, a importância de seu estudo dialogado com a História e a Antropologia para a realização de minha pesquisa.

Propus a mim mesmo um distanciamento da noção de que essas áreas do conhecimento são auxiliares ou apreendidas como instrumento, na medida em que aumentava a curiosidade de compreender melhor o que os seus representantes tentavam passar especialmente os pontos de vista aplicados aos estudos que resultaram nesta dissertação. As dificuldades se apresentaram ante a tarefa de, com a devida prudência, realizar a pesquisa que foi construída juntamente com os professores, estabelecendo pontes entre o Direito e a Antropologia, além de outras áreas do saber, uma vez que esta traz uma atualidade para o tema quilombo que, por vezes, confronta com os pressupostos temporais que são basilares no Direito.

O desafio estava colocado, sendo que no contexto de delimitação do objeto de pesquisa, como resultado do amadurecimento interdisciplinar proposto, identificamos que os obstáculos para a efetivação do art. 68 do ADCT relacionavam-se aos empecilhos de institucionalização, no Ordenamento Jurídico brasileiro, do direito de autodeterminação dos povos quilombolas previsto na Convenção n.º 169 da OIT e procedimentalizado pelo Decreto n.º 4.887 de 2003, este último objeto de questionamento acerca de sua validade no processo judicial perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

A propósito da multiplicidade do campo jurídico, Natane Oliveira também se deteve nos processos judiciais quilombolas, mas com foco etnográfico na produção dos trâmites burocráticos do processo como forma de obliteração dos direitos quilombolas. Ali, a temporalidade desses direitos é produzida no lento e gradual desenrolar do emaranhado da papelada, carimbos, pareceres, instâncias competentes, mesas, cargos, fóruns, etc., que funcionam como micro poderes dentro do poder hegemônico e imponderável atribuído à entidade tão abstrata quanto irreal do Estado.

Delimitado o objeto iniciei os trabalhos de pesquisa que teve como uma das fontes a leitura de 170 itens da versão eletrônica da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.239, pelo que foram lidos os conteúdos de todos os itens, mas fichadas e objeto de análises

as principais peças jurídicas disponíveis, sendo estas a petição inicial; as manifestações da Advocacia Geral da União (AGU) e da Procuradoria Geral da República (PGR); os pedidos de ingresso de terceiros como *amicus curiae*; os pedidos de realização de audiência pública e; todos os votos dos Ministros do STF proferidos nas plenárias em que ocorreu o julgamento do caso.

Além da ADI n.º 3.239, as outras fontes utilizadas foram: a) as legislações internacionais sobre a autodeterminação dos povos, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), destacando-se a Convenção n.º 169 e a Convenção n.º 107, ambas, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e versam sobre populações indígenas e outras coletividades, sendo esta última convenção promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 58.824, de julho de 1966 que foi revogado pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 em face da promulgação da Convenção n.º 169 no Ordenamento Jurídico brasileiro; b) a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) acerca da aplicação do direito de autodeterminação dos povos a comunidades tradicionais, de outros países, semelhantes às quilombolas no Brasil.

Dessa forma, a presente dissertação tem como objetivo a abordagem da ADI n.º 3.239, protocolada no ano de 2004 no Supremo Tribunal Federal pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atualmente Democratas (DEM), consistindo a análise na discussão da categoria jurídica da autodeterminação coletiva dos quilombolas como um direito necessário para a obtenção do título de suas terras tradicionalmente ocupadas.

A dissertação sobre o tema será feita sob duas perspectivas. A primeira, analítica e teórica, busca mapear os conceitos desenvolvidos em torno do direito de autodeterminação dos povos, da seguinte forma: a) sua formulação no Direito Internacional em termos de legislação e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; b) a tentativa de sua implementação no Ordenamento Jurídico brasileiro por meio da legislação e dos atos normativos da Administração Pública Federal; c) sua tentativa de implementação pela Suprema Corte brasileira; d) a sua apropriação pelos quilombolas como razão argumentativa na busca do acesso à justiça social, por meio do processo, a partir das reivindicações de reconhecimento e redistribuição.

Duas dimensões complementarão a primeira perspectiva de elaboração desta dissertação, sendo a primeira fundamentada na representação jurídica, histórica e sociológica, no intuito de descrever a trajetória do conceito de autodeterminação dos povos no contexto internacional e nacional. Já a segunda dimensão busca inserir as contribuições teóricas

relativas: a) aos estudos da agência, sendo que as abordagens tentarão recuperar as ações dos sujeitos quilombolas e agentes estatais, preocupando-se com os processos instituintes – admitindo as relações de poder previamente determinadas – afastando-se de uma visão rigidamente estruturalista que atribui sentido passivo aos atores que agem determinadamente de acordo com as estruturas, portanto, conforme o instituído. Nesse ponto, se buscará descrever o papel singular que os grupos étnicos, como os quilombolas, desempenham nas reivindicações de seus direitos e os obstáculos, resultantes das representações dos agentes estatais, acerca de determinadas categorias, especialmente a rejeição à noção de território coletivo, constituído a partir de um direito de determinação própria, dentro do território nacional; b) ao estudo do acesso à justiça social em seu aspecto bidimensional implicando reconhecimento e redistribuição enquanto faces da justiça destinadas à proporcionarem a saída de um estado de subordinação institucional cultural e econômica dos povos quilombolas.

A segunda perspectiva busca, em primeiro lugar, diagnosticar a construção dos argumentos que levaram à garantia constitucional dos direitos dos quilombolas e, em segundo, descrever a instauração da ADI n.º 3.239, com o objetivo de mapear a guinada da Constituição de 1988 em direção aos direitos dos povos, mas ao mesmo tempo o teor da petição inicial e das decisões proferidas, assim como os debates em torno dos aspectos favoráveis e desfavoráveis ao Decreto n.º 4.887 de 2003 – que é uma tentativa de efetivação dos direitos quilombolas – para prover um panorama do alcance que a Suprema Corte está elaborando a respeito do tema.

Na busca pela construção dos argumentos, tornou-se evidente levar em conta as categorias empregadas pelos agentes do campo jurídico e político, relativas à *autodeterminação*, bem como as distintas interpretações que estes lhe concedem ao se perceber a disposição de condicionantes que restringem o sentido do direito, como, por exemplo, a invenção de um marco temporal que confina as comunidades remanescentes num passado histórico, diminuindo o alcance de aplicação de seus direitos ou mesmo inviabilizando-os. Portanto, cuida-se de descrever as tensões provocadas pela inserção de um direito de grupos étnicos, algo singular no Ordenamento Jurídico brasileiro, acostumado com o regime jurídico tutelar previsto para os povos indígenas.

A pesquisa que resultou na elaboração desta dissertação evidenciou as disputas que gravitaram em torno da atribuição de sentido ao direito de autodeterminação dos povos previsto na Convenção n.º 169 da OIT que reflete, também, nas definições do sentido

normativo do art. 68 do ADCT, sendo que o Decreto n.º 4.887 de 2003 tentou estabelecer essas definições, integrando uma significação normativa dos direitos. Essa constatação conduziu situá-la no contexto das relações de poder compreendido aqui como cultura no seu aspecto dinâmico e móvel com os seus fluxos descontínuos no processo de construção dos direitos. O processo judicial da ADI n.º 3.239, enquanto cultura em sua forma socialmente institucionalizada também me interessou naquilo que dissimula, nas relações de poder, normas culturais discriminatórias em relação às comunidades remanescentes de quilombo.

Para esse intento contribuíram as análises de Pierre Bourdieu acerca do poder simbólico, violências e lutas simbólicas e campo jurídico, além das análises de Aníbal Quijano e suas contribuições sobre a colonialidade do poder e seus estudos que se concentram nas estruturas de poder sociais forjadas na classificação racial quando da colonização da América. As contribuições para a compreensão do fenômeno cultural vieram dentre outros, de Nancy Fraser, Sherry B. Ortner e Fredrik Barth, sendo que ambos os autores trazem uma análise atualizada da cultura, concebendo-a como dinâmica e móvel, sem desprezar as noções de cultura como esquemas ou como produto da intervenção humana. Contudo, observam o que esta última noção estabelece como limite à participação nas instituições a determinados grupos populacionais, a exemplo dos quilombolas.

No tocante à agência dos sujeitos envolvidos nas disputas políticas demonstradas pela pesquisa contribuem as bibliografias, também, de Pierre Bourdieu e sua noção de *habitus* que recupera as atitudes e modos de agir dos agentes dispostos nos campos, no presente caso, no campo jurídico. Seguem-se as lições de Sherry B. Ortner com sua definição de agência enquanto poder, projetos e intenções, o que permitiu devolver participação aos povos quilombolas na busca por liberdade e consolidação de seus direitos, mesmo ante aos limites historicamente estabelecidos.

No capítulo 1 da dissertação pretendo demonstrar a trajetória do direito de autodeterminação dos povos, identificando-o a partir da constituição da ONU – uma estrutura de poder social mundial – como um direito coletivo de Estados destinado a assegurar-lhes a soberania face às interferências externas. Buscarei trazer as transformações de sentido do direito a partir das pressões de grupos étnicos, a exemplo dos indígenas na América Latina considerados povos invisíveis no interior das sociedades nacionais, e, portanto, alvos de racismos e toda sorte de discriminações em nome de uma integração nacional forçada.

Ao se analisar as normas internacionais sobre o direito chega-se à Convenção n.º 107 da OIT com seu viés assimilacionista e adentra-se ao estudo da Convenção n.º 169 da OIT e

seus aspectos contraditórios no tocante ao tratamento dos grupos étnicos como trabalhadores a despeito de alguns avanços no tocante ao reconhecimento internacional de suas organizações sociais e do direito coletivo de autodeterminação. Aqui procuro trazer a agência dos sujeitos na arena internacional dos debates que resultaram na sua elaboração, destacando a participação de povos indígenas, organizações mediadoras e representantes dos Estados partícipes.

Por fim, passo a descrever sobre a aplicação do direito de autodeterminação dos povos na Corte IDH e caracterizar as lutas por reconhecimento e redistribuição como uma questão de justiça no contexto da globalização, e, portanto, localizando-as em nível internacional e nacional. As principais contribuições bibliográficas sobre a constituição da ONU e acerca das legislações internacionais são as de Aníbal Quijano e Bartolomé Clavero, ao passo que Nancy Fraser auxiliará nas compreensões sobre a justiça social como redistribuição e reconhecimento no contexto da globalização.

No capítulo 2 planejo delinear o curso do direito de autodeterminação, em nível nacional, apropriado pelos povos quilombolas como mais um recurso jurídico disponível para os debates em torno da efetivação do art. 68 do ADCT. Para isso, inicialmente, percorrerei a trajetória do conceito de quilombo desde a primeira definição jurídica criminalizadora da legislação colonial de 1740, passando pelos 100 anos de silêncio do Estado brasileiro que atribuiu à abolição da escravidão a extinção definitiva das comunidades. Continuando, procurarei chegar ao marco Constitucional de 1988 que rompe com esse silêncio normativo, ressaltando a participação do movimento negro que agiu como porta-voz dos movimentos sociais quilombolas e outras entidades interessadas no tema, o que possibilitou a inscrição dos remanescentes na carta constitucional como sujeitos de direitos.

No contexto de debates acerca da virada constitucional pretendo trazer o conceito antropológico de quilombo que inclui os elementos territorialidade e etnicidade, contrastando-os com os elementos constituintes do paradigma conceitual colonial, especialmente a categoria fuga como negação da disciplina do trabalho que é naturalizada no imaginário nacional sobre quilombos. Buscarei descrever os reflexos do conceito atualizado para a construção do direito de autodeterminação para os povos quilombolas, bem como as relações com a efetivação do direito previsto no art. 68 do ADCT. Da mesma maneira, farei a abordagem dos principais dispositivos da Convenção n.º 169 da OIT, relacionados à autodeterminação e sua aplicação aos quilombolas.

Posteriormente, a intenção é retomar a análise das disputas em torno do conceito de quilombo e seus possíveis impactos na atribuição do sentido normativo dos direitos dos remanescentes, a partir da abordagem dessas lutas nos âmbitos dos Poderes Executivo e Legislativo por meio de edições e revogações de leis e atos administrativos, chegando à edição do Decreto n.º 4.887 de 2003, quando se pretende sintetizar os seus propósitos em relação aos direitos dos povos quilombolas. As principais contribuições teóricas para este capítulo são a historiografia de quilombos de Flávio dos Santos Gomes, o conceito de etnicidade de Fredrik Barth e a concepção antropológica de quilombo de José Maurício Arruti, Alfredo Wagner Berno de Almeida e Sandro José da Silva.

No capítulo 3 o objetivo é a abordagem da ADI n.º 3.239 e trago, inicialmente, a conceituação da ciência jurídica para esse tipo específico de processo constitucional, segundo as contribuições de Geovany Cardoso Javeaux e Guilherme Marinoni. Em seguida caminho para a conceituação de processo como cultura e poder a par das contribuições teóricas de Pierre Bourdieu e Hermes Zaneti Júnior. Continuando, detalho o contexto da pesquisa trazendo especificações acerca da quantidade de peças jurídicas analisadas, da data de início e término da pesquisa, das entidades que requereram o ingresso nos autos como *amicus curiae*, da quantidade de requerimentos de audiência pública, das datas de realização das sessões plenárias, além de outras especificações.

Ainda no último capítulo, após explicar a pesquisa, passo a dissertar sobre as lutas políticas presentes no processo no âmbito da Suprema Corte, sendo que nesse ponto intenciono analisar as representações dos diversos sujeitos processuais envolvidos, acerca da principal questão debatida na perspectiva da (in) constitucionalidade material do Decreto n.º 4.887 de 2003: o direito de autodeterminação dos povos quilombolas, previsto na Convenção n.º 169 da OIT para a efetivação do art. 68 do ADCT, observando se a questão discutida nas peças analisadas diz respeito à disputa pela definição de sentido normativo a esses direitos previstos e se essas disputas são suficientes para garantir ou impedir o acesso a terra às comunidades remanescentes.

Por fim, procedo à análise de todos os votos proferidos, buscando percorrer o termo final da trajetória de institucionalização do direito de autodeterminação quilombola no Ordenamento Jurídico por meio do processo judicial. Nesse momento, pretendo verificar como os ministros da Suprema Corte se posicionam frente às diferentes visões acerca do direito em debate e como constroem a significação legítima deste a partir das reivindicações mais amplas, apresentadas pelos *amicus curiae*, pela constitucionalidade do Decreto n.º 4.887

de 2003, que se basearam numa proposta de demonstração de antagonismos históricos que geraram injustiças e das reivindicações dos *amicus curiae* favoráveis à sua inconstitucionalidade que assentaram as suas reivindicações numa questão de direito de propriedade.

1 A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL

Pretende-se mostrar neste primeiro capítulo os caminhos percorridos pelo conceito de autodeterminação dos povos a partir das compreensões e definições da categoria no Direito Internacional, especialmente, tomando-se como marco metodológico para o início das análises a Carta das Nações Unidas, no intuito de demonstrar, a partir das transformações históricas e jurídicas, a definição atual do conceito que, adianta-se, consolida a autodeterminação como um direito humano de todos os povos. Mostra-se de grande importância essa abordagem de percurso, diante das tensões que a categoria provoca entre os povos no mundo, notadamente nas circunscrições político-geográficas dos países na América, inclusive no Brasil, em que há grupos culturais quilombolas reivindicando a aplicação do direito. Os confrontos situam-se entre a definição atualizada de seu conteúdo e a definição clássica originária e envolve, entre outras, as noções de povo e território.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS: UMA ORDEM INTERNACIONAL DE BASES COLONIAIS

Deve ser destacado que os esforços por uma organização global de nações já após a primeira guerra mundial traduz resultados expressivos do processo de consolidação de um padrão mundial de poder que começara “[...] com a Constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado¹”. (QUIJANO, 2000, p. 124, tradução nossa). Dessa forma, o conceito de autodeterminação dos povos como categoria presente no direito internacional insere-se, desde o início, nesse contexto de organização e estruturação do poder global entre Estados² independentes sob a lógica operativa que aponta para uma continuidade colonial com efeitos mundial e local, no interior dos países, denominada colonialidade do poder³ ou colonialismo⁴.

Em tempos de colonização, a Europa numa condição de centro do capitalismo mundial, assumia o controle não somente do mercado global, mas dominava todas as regiões e populações do planeta incorporando-as ao novo sistema mundo que se constituía. Esse padrão mundial de poder imposto por esta parte do planeta articulou todas as “[...] formas

¹ Dois principais mitos fundantes do eurocentrismo como perspectiva hegemônica de conhecimento e como modernidade: a) a ideia imaginária da história da civilização humana como uma trajetória que parte de um estado de natureza e culmina na Europa. b) dar sentido às diferenças entre Europa e não Europa como diferenças naturais, de raça e não de história de poder. (QUIJANO, 2000, p. 128, tradução nossa).

² “[...] O Estado é a organização política que tem domínio sobre um território e monopoliza o uso legítimo da força [...]”. (GUIMARÃES, 2008, p. 68).

³ Terminologia adotada por Aníbal Quijano (2000).

⁴ Terminologia adotada por Bartolomé Clavero (1994).

históricas de controle do trabalho [...]” em torno do capital, além de histórias culturais diversas e heterogêneas em um único mundo dominado por ela. (QUIJANO, 2000, p. 125, tradução nossa). Da mesma forma, realizou uma concentração, sob a hegemonia europeia, do “[...] controle de todas as formas de controle da subjetividade, da cultura e em especial do conhecimento e da produção do conhecimento.” (QUIJANO, 2000, p. 127, tradução nossa).

No surgimento dessa nova intersubjetividade mundial os colonizadores agiram segundo lógicas de expropriação dos conhecimentos e das culturas dos colonizados, notadamente aquelas que consideravam mais benéficas para o capitalismo. Reprimiram outras formas de produção do conhecimento e padrões de expressão e de objetivação da subjetividade, sendo que para os índios na América espanhola e portuguesa isso fora perpetrado de forma profunda, duradoura e violenta ao ponto de os confinarem a uma “[...] subcultura campesina e iletrada os despojando de sua herança intelectual objetivada.”. Houve, do mesmo modo, obrigações para os colonizados aprenderem a cultura dos dominadores nas áreas das atividades religiosa, material, subjetiva e tecnológica. (QUIJANO, 2000, pp. 127-128, tradução nossa).

Essa nova estrutura de poder se inicia amparada na divisão racial⁵, no contexto de colonização da América, sendo que a raça como estruturante das relações sociais não é conhecida historicamente antes. Não se sabe ao certo se foi concebida com base em diferenças fenotípicas, mas aos poucos foi se construindo com base em hipotéticas diferenças biológicas entre os grupos, pelo que as relações sociais que foram se originando a partir da colonização geográfica se revelaram como dominação e as respectivas identidades foram associadas a “hierarquias, lugares e papéis sociais” que as constituíam. (QUIJANO, 2000, p. 123, tradução nossa).

Assim, raça ou identidade racial serviu para a classificação social das pessoas e com o passar do tempo as características fenotípicas dos povos colonizados se estabeleceram como diferenças determinantes para a categorização racial. Desse modo, consolidou-se como uma idealização intelectual, expressão dos processos de conhecimento empíricos e científicos enquanto bases do projeto de dominação dos colonizadores, sendo que esse *modus operandi* se projeta globalmente, permeando os aspectos mais importantes do poder universal com o auxílio da perspectiva de saber eurocêntrica⁶. (QUIJANO, 2000, p. 123, tradução nossa).

⁵ “La formación de relaciones sociales fundadas en dicha idea, produjo en América identidades sociales históricamente nuevas: indios, negros y mestizos y redefinió otras.” (QUIJANO, 2000, p. 123).

⁶ “La elaboración intelectual del proceso de modernidad produjo una perspectiva de conocimiento y un modo de producir conocimiento que dan muy ceñida cuenta del carácter del patrón mundial de poder: colonial/moderno,

Ressalte-se, igualmente, que se forma no contexto de colonização da América uma nova concepção de espaço e de tempo, significando, por conseguinte uma nova constituição material e subjetiva e nisso reside o conceito de modernidade⁷, pelo que:

Com a América começa, então, um universo inteiro de novas relações materiais e intersubjetivas. É pertinente, por tudo isso, admitir que o conceito de modernidade não se refere apenas ao que acontece com a subjetividade, apesar de toda a importância desse processo, seja o surgimento do ego individual, ou um novo universo de relações intersubjetivas entre indivíduos e entre povos integrados ou que estão integrados no novo sistema mundial e seu padrão específico de poder mundial. O conceito de modernidade também explica mudanças na dimensão material das relações sociais. Ou seja, as mudanças ocorrem em todas as áreas da existência social dos povos e, portanto, de seus membros individuais, o mesmo na dimensão material que na dimensão subjetiva dessas relações. E como são processos que começam com a constituição da América, um novo padrão de poder global e a integração dos povos em todo o mundo neste processo de um sistema mundial inteiro e complexo, também é essencial que se admita que se trata de um período histórico. (QUIJANO, 2000, p. 130, tradução nossa).

Dessa forma, essa complexa intersubjetividade imposta implica processos constitutivos de novas perspectivas sobre o tempo e sobre a história. Nesse sentido rumo-se à ideia de futuro como o lugar exclusivo em que mudanças podem acontecer sendo este um espaço de temporalidade aberta e não mais somente uma extensão do passado. Muda-se o modo de compreensão da história que passa a ser construída pela ação das pessoas, através dos seus cálculos, decisões e intenções, portanto, como projeção futura, para ter sentido. Todavia o próprio curso da história incumbiu de trazer à mostra as ambiguidades da globalização do poder colonial que se desponha, atualmente, como um lugar de contradições tendo por base a questão da modernidade traduzida no ideário da “[...] libertação humana como um interesse histórico da sociedade e, conseqüentemente, seu campo central de conflito.” (QUIJANO, 2000, pp. 129-130, tradução nossa).

A estruturação mundial de poder resulta, em um primeiro momento, na criação da Sociedade ou Liga das Nações como a primeira associação interestatal fundada em 1919, sendo que após a sua extinção em 1945 é constituída a Organização das Nações Unidas, pelo que este segundo momento é mais bem sucedido com a conseqüente união entre os Estados e, por isso, dá-se início a movimentos importantes que refletirão no conceito de autodeterminação dos povos.

capitalista y eurocentrado. Esa perspectiva y modo concreto de producir conocimiento se reconocen como eurocentrismo.” (QUIJANO 2000, p. 131).

⁷ “[...] Debemos oponernos a la opinión hegemónica en cuanto a la interpretación de la Europa moderna (a la "Modernidad"), y no como un tema extraño a la cultura latinoamericana, sino, contra la opinión corriente, como problema fundamental en la definición de la "Identidad latinoamericana [...]”. (DUSSEL, Enrique, 2000, p. 28)

Adverte-se, contudo, que a instituição da Organização se fizera em bases estatais e coloniais, pelo que se estava diante de um “[...] disciplinamento do colonialismo e não a sua superação”. Do mesmo modo, a constituição da ONU prenunciava um impulso no processo de descolonização geográfica⁸, conforme experimentara a América já com Estados independentes, sendo que essa descolonização não teria significado para o continente americano senão como uma expectativa, para alguns, de que a partir de seus desdobramentos na ordem internacional o real problema da América despontaria, isto é, a necessidade de descolonização interna. (CLAVERO, 1994, pp. 60-61, tradução nossa).

Portanto, a ordem colonial perduraria, amplificando o colonialismo que se define a partir da América para um âmbito universal de direito internacional, sendo que esse direito de matriz colonial manteria viva a lógica de presunção civilizatória por meio de imposição cultural e privação jurídica, implicando negação de direitos a alguns indivíduos e a algumas coletividades do mundo. Não obstante, já se começava a pensar num direito “dito de minorias” para pessoas em casos particulares e, assim, comunidades indígenas e outros grupos não estavam na pauta das normas internacionais, muito menos um direito de autodeterminação coletiva, destinado a estes. Desse modo, nesse contexto, já se falavam em minorias culturais no interior dos Estados, olhando-os e tratando-os enquanto “menores por natureza”, mas um início de transformações se desenharia no curso da história conforme se verá. (CLAVERO, 1994, p. 66, tradução nossa).

Um problema trágico na América Latina que engendra os conflitos de continuidade colonial interna, diz respeito à abordagem do ser nacional e o problema de constituição dos Estados-nação modernos⁹. Esse modelo de Estado surge amparado nas ideias “modernas de cidadania e democracia política” o que resulta alguma democratização das formas de se controlar os tipos de trabalho e os meios de produção, bem como no controle da criação e administração das instituições políticas. Desse modo, “[...] a cidadania serve como uma igualdade legal, civil e política para gentes socialmente desiguais.” (QUIJANO, 2000, p. 137, tradução nossa).

No Brasil, por exemplo, em que a maioria da população era formada por índios e negros, foi a minoria branca que obteve êxito na participação e distribuição de recursos, notadamente terras, enquanto àquelas raças ditas inferiores eram negadas quaisquer

⁸ Nesse caso em territórios localizados em Ásia, África e Oceania.

⁹ “El proceso tiene, pues, un doble movimiento histórico. Comenzó como una colonización interna de pueblos con identidades diferentes, pero que habitaban los mismos territorios convertidos en espacios de dominación interna, es decir, en los mismos territorios de los futuros Estados-nación.” (QUIJANO, 2000, p. 137).

possibilidades de participarem nos processos decisórios acerca da estruturação social e da organização política. Exceto em alguns casos de insurgências com vista à descolonização, como, por exemplo, o caso do Haiti, em “[...] todas as demais colônias ibéricas os grupos dominantes tiveram êxito em tratar precisamente de evitar a descolonização da sociedade enquanto lutavam para terem Estados independentes¹⁰.”. (QUIJANO, 2000, 142, tradução nossa).

O que se percebe é que esses Estados independentes na América com suas respectivas sociedades nacionais não eram de fato democráticos, num sentido mais abrangente do termo, porque estas foram constituídas a partir da dominação colonialista de negros, de índios e dos chamados mestiços. Antagonismos estão presentes na formação dessas pretensas sociedades homogêneas que evidenciam o paradoxo comum em que se tem “Estados independentes e sociedades coloniais.”. (QUIJANO, 2000, p. 142, tradução nossa).

Dessa maneira, na noção de continuidade operativa da colonialidade do poder ou do colonialismo assenta os processos de constituição interestatal de países independentes, bem como de formação e funcionamento das sociedades¹¹ modernas. Nesse sentido, segmentos populacionais em nível global e interno aos países continuam em situação hierárquica inferior nas estruturas, expressão do racismo mundial com negros e índios. Tomando-se o Brasil como exemplo de Estado independente com uma sociedade nacional colonial, ainda nos tempos atuais, pode-se constatar esses problemas em relação a alguns grupos culturais continuamente subalternizados.

Portanto, esse processo de surgimento de um novo padrão de poder mundial refletiu gradualmente em “[...] colonização das perspectivas cognitivas, dos modos de produzir ou atribuir significado aos resultados da experiência material ou intersubjetiva, do imaginário, do universo de relações intersubjetivas do mundo, da cultura em síntese.” (QUIJANO, 2000, p. 128, tradução nossa), pelo que esses reflexos permanecerão presentes no processo de constituição e consolidação da ONU nos Estados constituídos na América e nos que se formariam por meio da descolonização que seria impulsionada a partir de 1960. Observando esses reflexos passa-se à verificação da trajetória do conceito de autodeterminação dos povos no âmbito do direito internacional e os desdobramentos e transformações a partir das lutas simbólicas em terreno global.

¹⁰ É o caso do Brasil que se torna independente em 1822 e promulga a sua primeira Constituição em 1824, em pleno regime escravocrata.

¹¹ “[...] toda sociedade é uma estrutura de poder.” (QUIJANO, 2000, p. 137, tradução nossa).

1.2 OS CONCEITOS JURÍDICOS DE AUTODETERMINAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Antes da ONU a ideia de autodeterminação formulada por Woodrow Wilson relacionava-se mais a postulados políticos num contexto de pós-primeira guerra mundial em que se vislumbrava a necessidade, por parte dos países vencedores, de se pensar numa maneira de selar a paz entre as nações. Nessa espécie de tratado estava já a sugestão da organização de uma associação de nações, bem como a previsão de alianças em favor da independência política e integridade territorial, além da previsão de autonomia e independência para alguns povos. Todavia as sugestões que continham as noções embrionárias, mesmo que limitadas, sobre autodeterminação não foram aceitas e, portanto, a categoria não entra na Carta da Sociedade das Nações em 1919. (BIAZI, 2015, p. 183).

Diferentemente, a categoria autodeterminação dos povos aparece expressamente em dois artigos da Carta das Nações Unidas de 1945, no art. 1º, item 2¹², e no art. 55, *caput*¹³, e está claramente classificada como um princípio, confirmando a ideia de um objetivo político que deveria ser buscado pelas nações até porque as normas da Carta não possuem força vinculante em relação aos países, exceto as do Conselho de Segurança, servindo então para subsidiar, no máximo, recomendações para que o objetivo fosse implementado, conforme prevê o art. 13.1. (ONU, 2017).

Depreende-se, assim, que o princípio da autodeterminação dos povos tinha significado circunscrito às intenções daqueles que elaboraram a Carta, pois este aparecia mais como uma declaração de objetivos para se estabelecer a paz, “não impondo imediatas obrigações aos Estados.”. (BIAZI, 2015, p. 184). Reforçando as intenções de busca da paz mundial, o princípio da integridade territorial aparece no art. 2º, item 4, não autorizando processos de independência de povos coloniais e outros processos de ruptura política, sendo esse princípio um limite que seguirá todo o percurso de transformações da noção de autodeterminação dos povos em âmbito internacional. (ONU, 2017).

¹² *In verbis*: “[...] Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal.”. (ONU, 2017).

¹³ *In verbis*: “[...] Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a. níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b. a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c. o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião.”. (ONU, 2017).

Também desponta como um marco importante no cenário internacional a adoção e proclamação pela Assembleia Geral da ONU aos 10 de dezembro de 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), sendo observado logo no preâmbulo que essa declaração se coloca como um ideal a ser atingido por todos os povos e todas as nações, bem como uma orientação aos Estados para a adoção de medidas de cunho nacional para a sua observância universal e efetiva.

Nos artigos da DUDH se observam sempre presentes os termos *todo ser humano*, *ninguém*, entre outras expressões que a caracterizam-na como uma carta para os indivíduos, evidenciando o alcance das disposições internacionais a estes, apenas. Por ora, não se fala em direito de determinação própria para coletividades que não as nações estatais, mas é orientada a compreensão e tolerância com os grupos raciais¹⁴ por meio da instrução, conforme preconiza o art. XXXVI. (ONU, 2017). Há também a previsão expressa de um direito dos indivíduos de participarem livremente da vida cultural em comunidade e, portanto, há sinais incipientes de alguma transformação na constituição da ONU originariamente interestatal, mas agora catalogando direitos universais para indivíduos, destinando alguma atenção para os integrantes dos países. (CLAVERO, 1994, p. 61, tradução nossa).

A categoria autodeterminação dos povos não aparece na DUDH, tampouco orientações claras no sentido de se realizar e impulsionar a descolonização geográfica dos territórios ainda sob domínio. As orientações são no sentido de serem respeitados e buscados uma gama de direitos, tendo como fundamentos a liberdade, a igualdade, a fraternidade, sendo que na prática, a ONU ainda se mantivera como uma organização entre Estados, alguns destes, ressalte-se, ainda colonialistas e isso acusa a própria Declaração. (CLAVERO, 1994, pp. 61-62, tradução nossa).

No contexto internacional Americano há, da mesma forma, movimentos pela organização associativa interestatal, sendo que, também, em 1948 é fundada a Organização dos Estados Americanos (OEA) e ao mesmo tempo aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH). Mais tarde, em 1969, na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos foi assinada a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH).

Esses dois instrumentos jurídicos americanos são similares quanto à relutância ao reconhecimento de um direito coletivo de determinação própria que não o estatal,

¹⁴ Expressão encontrada na DUDH.

corroborando a base colonialista do direito internacional que se formava. Em nenhuma das cartas há qualquer menção a grupos culturais, oficializando o imaginário de que na “[...] América, precisamente pelo que se extrai de seus instrumentos de direito, não haveria especial problema de minorias tão distintas, tampouco de povos com possibilidade e pretensão de direito próprio.” (CLAVERO, 1994, p. 74, tradução nossa).

Capítulo importante, na ordem mundial, é escrito a partir da Organização Internacional do Trabalho criada em 1919, ainda na vigência da Sociedade de Nações, sendo que esta estrutura foi pensada para existir com alguma autonomia, isto é, “[...] como organismo não somente interestatal, mas também de representação diretamente social, tanto sindical como empresarial.” Nesse ponto o que é importante destacar com a criação dessa agência internacional e que alguma atenção começara a ganhar indígenas e outras coletividades na estrutura organizacional da ONU. (CLAVERO, 1994, pp. 62-63, tradução nossa). Isso porque a OIT começou a tratá-los como casos emblemáticos de exploração de mão de obra e, especificamente, aos 26 de junho de 1957 aprova a Convenção n.º 107, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais¹⁵ e semitribais de países independentes. (OIT, 2017).

Por ocasião da Convenção n.º 107 oficialmente as noções de integração, proteção e assimilação ganham destaque, sendo que essa perspectiva cognitiva colonial, relacionada a indígenas e outras coletividades será persistente e perdurará visto que aparece em outros pactos internacionais. O que se apresenta na ordem internacional com a essa Convenção, na verdade, é uma política de integração dos Estados vez estabelece formas de consideração e respeito não praticados entre alguns. Pela simples leitura do primeiro artigo já demonstra que a noção racista não fora abandonada ao se qualificar essas populações como menos adiantadas e tradicionais com o sentido de arcaicas, sendo que a proteção era temporária e duraria enquanto fosse necessária, porque a assimilação era o destino. A essa altura podemos falar em mudanças importantes, todavia seriam mais políticas que normativas. (CLAVERO, 1994, p. 65, tradução nossa).

De outro ângulo, o que a Convenção n.º 107 representa no âmbito internacional é a consolidação das transformações que resultam na relação capital-salário como os caminhos que orientariam as relações de classificação social e, conseqüentemente, da estrutura de poder correspondente. (QUIJANO, 2000, p. 32, tradução nossa). Tratou-se de realizar o deslocamento dessas coletividades para a categoria de trabalhadores e classifica-las segundo o

¹⁵ Terminologia prevista na própria Convenção.

padrão de poder vigente e em desenvolvimento, pelo que se previu direito à remuneração, formação profissional, educação e meios de informação, segurança social e saúde, dentre outros.

Era preciso protegê-los e integrá-los e a forma de integração possível na sociedade nacional era na condição de trabalhadores. Os elementos de integração e classificação social impostos a esses segmentos não permitiu, no cenário internacional, se falar em autodeterminação das populações indígenas, tribais e semitribais, sendo que na prática, tanto nos Estados que adotaram a Convenção n.º 107, ou naqueles que não o fizeram, o direito externo continuava a ser em sua substância uma “ordem de poder de matriz colonialista” que as organizações internacionais titubeavam confrontar e não foi diferente com a OIT. (CLAVERO, 1994, p. 65, tradução nossa).

Por volta dos anos 1960 a ONU decide adotar uma postura pública e mais incisiva pela descolonização geográfica, principalmente em territórios asiáticos e africanos e, como resultado dessa ação, adota a Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais em 1960¹⁶ que no texto do item 2 está dispõe que “todos os povos tem o direito a livre determinação”. (ONU, 2017). Todavia, o sentido que emerge dessa declaração de 1960 é a autodeterminação dos entes coletivos Estados perante o sistema internacional, imaginariamente representando os seus povos nacionais.

Assim, contraditoriamente, a ONU desintegrando suas mesmas bases colonialistas, leva em conta apenas o colonialismo externo no sentido da “sujeição e subjugação de povos, dominação e exploração estrangeira”, sendo que na perspectiva dessa declaração de 1960 os Estados já independentes da América não seriam alcançados diante da política de descolonização amparada na ideia de *blue water*, portanto, descolonização transoceânica ou geográfica. Consequentemente, a questão da continuidade colonial internamente a esses Estados restou excluída nas abordagens. (CLAVERO, 1994, p. 68, tradução nossa).

Outro importante instrumento adotado pela ONU em 1960 foi a Resolução n.º 1541 que trouxe a regulamentação de como os territórios não autônomos poderiam colocar em prática a autodeterminação par tornarem-se Estados soberanos, com destaque para os mecanismos “[...] da escolha livre e voluntária dos povos do território envolvido por meio de procedimento democrático.” (BIAZI, 2015, p. 189).

¹⁶ Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1960.

Nesse ponto é preciso ressaltar que resta claro que tanto a Carta das Nações Unidas de 1945, quanto a Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais de 1960 e a Resolução 1541 consignam a categoria autodeterminação dos povos no sentido externo “[...] ao se promover a independência dos povos residentes em territórios não autônomos e territórios postos sob regime de tutela”. Contudo já se pode observar uma tímida variação que aponta no sentido de reconfiguração da autodeterminação de princípio à direito dos povos à “[...] independência ou à integração ou associação a um Estado existente.” (BIAZI, 2015, pp. 191-192).

Especialmente sobre a Resolução n.º 1514 da ONU há referências ao direito de autodeterminação interna¹⁷ dos povos das futuras sociedades, mas sem haver preocupações com a real formação heterogênea dessas sociedades, evidenciando que o problema da “continuidade colonial em estados já independentes” também apareceria nos futuros países, além de sua projeção mundial. (CLAVERO, 1994, p. 68, tradução nossa). Nesse ponto, percebe-se que mesmo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 a concepção sobre os sujeitos de direito humano internacional fica adstrita aos indivíduos das sociedades nacionais considerados iguais.

Assim, o aspecto interno da autodeterminação dos povos, ainda no contexto de descolonização a partir da década de 60, foi aos poucos significando direitos fundamentados nos pressupostos democráticos da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, ausência de discriminação por raça ou sexo e na ampla observância aos direitos humanos, devendo os futuros Estados e os já independentes efetivarem esses direitos promovendo o progresso de suas respectivas sociedades, elevando o nível de vida e praticando uma definição ampla de liberdade. (ONU, 2017). Portanto, esse aspecto interno do direito de autodeterminação possui caráter de continuidade e permanência, diferentemente do aspecto externo que uma vez aplicado cessa de existir pelas normas do Direito Internacional¹⁸. (BIAZI, 2015, p. 191).

Outro diploma normativo é lançado em 1965, qual seja a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, sendo esta um passo significativo e ao mesmo tempo contraditório em relação aos grupos culturais no interior dos Estados ao prever em seu texto um rol de direitos amparados nos direitos humanos individuais, todavia

¹⁷ “[...] Outras categorias para as quais a autodeterminação interna pode ter relevância são: os grupos étnicos, os povos indígenas, as minorias linguísticas e os grupos raciais discriminados.” (BIAZI, 2015, p. 183).

¹⁸ É o que estabelece o item 6 da Carta das Nações Unidas: “Toda tentativa encaminhada a quebrar total ou parcialmente a unidade nacional e a integridade territorial de um país é incompatível com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas.” (ONU, 2017).

contempla uma permissão discriminatória quando o parágrafo 2º do art. 1º da convenção prevê que: “Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado Membro entre cidadãos e não cidadãos”. (ONU, 2017). Resta patente, nessa declaração, a inclinação interestatal da ONU refletida nas suas normativas, ao prever que não haveria aplicação direta do instrumento normativo em relação aos indivíduos ou grupos étnicos institucionalmente discriminados por determinado Estado, despreocupando-se, de fato, com os problemas internos dos países.

Outro aspecto que merece ser destacado diz respeito a um marco na abordagem do tratamento aos grupos culturais que são inscritos oficialmente no direito internacional como conjuntos de minorias objetos de inclusão social apenas transitoriamente. A ideia era de que esses grupos fossem dissolvidos numa perspectiva de gradual efetivação dos direitos humanos, sendo que “o horizonte é de integração em termos de igualdade com o restante da população” no interior dos Estados, destinando-se às coletividades uma “proteção transitória e uma indiferença perpétua, ambas integradoras”, sendo que se opta pela proteção que se reputa temporária e alcança-se a indiferença ao tratá-los como minorias fadadas à dissolução pela assimilação. (CLAVERO, 1994, p. 69, tradução nossa).

Os povos indígenas e tribais, considerados minorias étnicas, já teriam, inclusive, sido deslocados para a única coletividade relativamente autônoma até então admitida no interior dos Estados, a classe dos trabalhadores¹⁹. De todo modo, segue a autodeterminação dos povos sendo um direito para os povos nacionais, negando-a ou sequer cogitando-a para outras coletividades.

Não obstante, dois instrumentos importantes devem ser lembrados, quais sejam, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) ambos fundamentados na principiologia da DUDH de 1948, relacionadas a liberdade, igualdade e dignidade humana. No art. 1º, item 1, dos dois pactos, há a previsão expressa do direito a autodeterminação para todos os povos e a garantia de livre determinação política, econômica, social e cultural se destinando o direito aos povos nacionais.

No artigo 27 do PIDCP a palavra minorias aparece expressamente para caracterizar grupos culturais, religiosos ou linguísticos, numa espécie de garantia ao exercício de suas

¹⁹ Bartolomé Clavero traz apontamentos da concepção constitucional das primeiras constituições americanas relacionados ao não reconhecimento de coletividades internas aos Estados. A única coletividade reconhecida era a sociedade nacional, universal. Ressalta a importância da Constituição do México de 1917 que admite o direito do trabalho, outro direito coletivo que não o estatal elevado a nível constitucional. (1994, p.46, tradução nossa).

próprias culturas para as pessoas que compõem essas minorias. No PIDESC, art. 13, há expressões *grupos étnicos, religiosos e linguísticos* em que aos sujeitos individuais que integram esses grupos devem ser garantidos direitos humanos e culturais. (ONU, 2017).

O que se percebe, na verdade, é que a categoria minoria, no sentido de segmentos inferiores culturalmente e em representação quantitativa nas grandes sociedades, vai se confirmando no cenário internacional dentro de uma perspectiva de assimilação a partir do enfoque individual de destinação dos direitos humanos que ganha ênfase tanto no PIDCP, quanto no PIDESC, sendo que não se concebe “[...] a possibilidade de que estes mesmos grupos coletivamente acedam enquanto tais à condição de sujeitos autônomos de direito próprio.” (CLAVERO, 1994, pp. 68- 69, tradução nossa).

Em 1970 foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU a Resolução n.º 2.625, a Declaração sobre os princípios de Direito Internacional referentes a relações de amizade e a cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas. Trata-se, sem muita surpresa, de mais um mecanismo destinado à relação entre Estados no âmbito internacional. Ainda no preâmbulo do pacto, a autodeterminação dos povos é inscrita sob a expressão livre determinação e aparece como um direito a ser preservado e aplicado às relações de amizade, respeito, soberania e desenvolvimento entre os Estados. (ONU, 2017, tradução nossa).

Até esse ponto foi possível perceber poucas variações conceituais na categoria autodeterminação dos povos que ainda mantém a característica de um direito assecuratório de soberania estatal. Todavia, uma guinada histórica importante no conceito vai ocorrer na década de 1980 a partir da proposta dos trabalhos de revisão da Convenção n.º 107 da OIT cujo resultado consistiu na adoção em de uma nova convenção internacional orientada para assegurar direitos de povos indígenas e outras coletividades no interior das sociedades nacionais.

1.3 A AUTODETERMINAÇÃO NA CONVENÇÃO 169 DA OIT E ATUALIZAÇÕES POSTERIORES: DE MINORIA A POVO

Até o momento demonstrou-se que a categoria autodeterminação dos povos passou de postulado político a direito consagrado nos pactos internacionais como um direito destinado a povos de nações estatais, haja vista a origem da constituição da ONU ser eminentemente interestatal. Assim, a ideia de povo, autodeterminação e território estão necessariamente relacionadas aos mapas dos Estados independentes.

De outro lado, mesmo a partir de marcos importantes, a exemplo da DUDH, que já inicia um processo de reconhecimento global do indivíduo como sujeito de direitos humanos internacionais, vê-se a constituição jurídica das coletividades étnicas como minorias culturais. Tanto é assim que a Organização Internacional do Trabalho é pioneira no estabelecimento das bases jurídicas decisivas para a abordagem dos direitos dessas *minorias* no interior dos Estados, sendo estas bases a integração e a assimilação das populações indígenas ou tribais e a sua reclassificação como trabalhadores, conforme visto no item anterior.

Todavia, no mesmo cenário internacional as abordagens e concepções a respeito dos grupos étnicos, especialmente os indígenas e os chamados tribais, começaram a se transformar no âmbito das Nações Unidas, notadamente a partir dos anos 1970, de modo que já se poderia pretender um projeto de descolonização sem tantas limitações no sentido interno. Nesse sentido, iniciam-se abordagens conceitualmente desvinculadas envolvendo as categorias povo e Estado, bem como a diferenciação entre “direito de autodeterminação e a necessidade, ou a mesma possibilidade de constituição estatal” e, desse modo, a falta do Estado não implica, necessariamente a não existência de um direito coletivo de determinação própria. (CLAVERO, 1994, p. 75, tradução nossa).

Mais uma vez, a OIT, devido a capacidade técnica em assuntos de trabalho e emprego e pela experiência na elaboração da Convenção n.º 107, desponta como importante catalisadora da agência²⁰ dos grupos étnicos e reconhece a necessidade de revisão dessa convenção (HUACO PALOMINO, 2015, p. 27, tradução nossa), pelo que ao final dos trabalhos decidiu-se que as propostas deveriam tomar a forma de um novo acordo, sendo este a Convenção n.º 169²¹ sobre os Povos Indígenas e Tribais, aprovada em 7 de junho de 1989 na Conferencia Geral da OIT em Genebra. Nesta nova Convenção, não se menciona populações e sim povos, bem como não se vê expressamente menções à integração e assimilação à sociedade nacional como um destino inevitável, necessário e natural, sendo que se refere aos países independentes um lugar em que estão estes povos. (CLAVERO, 1994, p. 75-76, tradução nossa).

²⁰ El motivo fundamental para proceder a dicha revisión era la constatación, por parte de la OIT, del cambio de concepciones filosóficas desde que se adoptara el Convenio en 1957 gracias, especialmente, a los puntos de vista expresados por las propias organizaciones de pueblos indígenas a nivel nacional e internacional. El enfoque integracionista ya no podía seguir manteniéndose como principio de relación entre Estados y pueblos indígenas, sino que debía reconocerse el derecho indígena a controlar el ritmo y alcance de su propio desarrollo económico y social. (HUACO PALOMINO, 2015, p. 307).

²¹ De aplicação obrigatória aos Estados partícipes. (CLAVERO, 2014, p. 16, tradução nossa).

Logo no preâmbulo da convenção a identidade, língua, religião, dentre outras diferenças culturais, aparecem como sendo objeto de reconhecimento sendo que esta categoria substitui as anteriores proteção e integração. A categoria povo aparece no § 3º do art. 1º que trata de definir seu conteúdo, sendo que significa, então, grupos reconhecidos coletivamente em razão de suas especificidades culturais dentro de um limite territorial nacional, dentro dos Estados, pelo que o termo já representa uma “qualificação mais coletiva e ativa dos povos indígenas e tribais.” (CLAVERO, 1994, p. 76, tradução nossa).

Do mesmo modo, as normas referentes ao direito de propriedade dos povos indígenas ou tribais (parte II) traz para o conceito de terras,²² o de território que são espaços efetivamente ocupados e utilizados pelos povos. De acordo com SOUZA FILHO (2003, pp. 50-51) há diferença elementar entre as terminologias terra e território significando a primeira “o nome jurídico que se dá à propriedade individual”, enquanto, o segundo, “o nome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional” pelo que as categorias povo e território são imbricadas, sendo o território um espaço coletivo pertencente a determinado povo.

No art. 3º da Convenção 169 há previsão de um princípio de não discriminação dos povos indígenas e tribais e passam a ser destinatários de todos os direitos humanos inerentes outrase liberdades fundamentais, sendo que o princípio tem o efeito de situar os indígenas e os povos tribais em nível de igualdade com demais integrantes da sociedade nacional nos ordenamentos jurídicos estatais, além dos direitos previstos no próprio convênio. (CLAVERO, 1994, p. 78, tradução nossa).

Assim, o mais importante é alguma mudança já se começa a perceber em sede do direito internacional referente à passagem de concepção dos grupos indígenas e tribais de minorias a povo, invertendo-se a perspectiva, vez que “minorias significa proteção e integração, enquanto povo significa distinção e autonomia.”. (CLAVERO, 1994, p. 84, tradução nossa). No mesmo sentido essas importantes transformações nos conceitos de terra, território e povo trazem uma abordagem que representa algum movimento em direção à descolonização interna aos países independentes e é preciso identificar, portanto, se o direito de autodeterminação dos povos aparece no pacto e de que forma é representado para os povos indígenas e tribais dentro dos Estados.

²² Art. 13, item, 2: “A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.” (BRASIL, 2018).

Nos artigos da Convenção n.º 169 não se vê expressamente os termos livre determinação ou autodeterminação dos povos, conforme aparecem nos pactos que a antecedem, pelo que entra neste pacto uma face do direito de autodeterminação expressa no princípio de autoatribuição ou autoidentificação ou, ainda, autorreconhecimento²³. Isso se observa já no art. 1º²⁴ em que a consciência da identidade indígena ou tribal é destacada como objeto de consideração ao se aplicar as normas do convênio, sendo a autoatribuição um princípio transversal no convênio. (OIT, 2017). Importante registrar que a terminologia livre determinação foi objeto de grande controvérsia nos debates de revisão da Convenção n.º 107, tratando-se de “uma das controvérsias internacionais mais importantes” acerca dos povos indígenas e tribais, pois se estava a abordar “a questão da subjetividade internacional enquanto povos”, além de se estar definindo o alcance do direito coletivo a livre determinação. (HUACO PALOMINO, 2015, p. 54, tradução nossa).

A transversalidade da autoatribuição pode ser percebida ao longo do texto em diversos artigos como requisito para a aplicação dos direitos dos povos referentes ao reconhecimento da identidade cultural (art. 2º), instituições, bens e culturas dos povos interessados (art. 4º), práticas sociais, espirituais (art. 4º), o dever de consulta pelos governos na tomada de decisões administrativas, além de outras, que lhes digam respeito (art. 6º), autonomia no que diz respeito ao próprio processo de desenvolvimento (art. 7º), autonomia com relação aos costumes e ao direito consuetudinário (art. 8º), especialidade no tratamento dos direitos referentes aos recursos naturais das terras dos povos interessados (art. 15), direito ao não deslocamento sem consentimento (art. 16), consulta aos povos se porventura for questionada a capacidade para a alienação das terras (art. 17), autorreconhecimento de seus conhecimentos e instituições para fins de cooperação educacional e educação interna aos territórios (art. 27), entre outros. (OIT, 2017). Dessa forma, o diploma internacional em estudo inaugura um cenário que, se não rompe, abala significativamente a “noção etnocêntrica do caráter étnico dos grupos” que os concebiam como se fossem transitórios e que o fim destes era a integração às sociedades nacionais. (LIMA DA SILVA, 2017, p. 138).

O fato de o direito à livre determinação entrar dessa forma na Convenção analisada não é despropositado, mas evidenciam de outro modo, atitudes dos povos interessados e de representantes dos Estados membros da OIT em uma disputa pela definição e preenchimento

²³ As três expressões seguintes serão usadas neste trabalho como sinônimas.

²⁴ Nessa linha, o item 2 do referido artigo: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.” (OIT, 2017).

de seu conteúdo, sendo uma das principais questões “[...] a pauta do alcance do direito à livre determinação se tornou indissociável da pauta da utilização do termo povos”, em razão de que estava em debate o reconhecimento dos indígenas e tribais como povos na senda do direito internacional. (LIMA DA SILVA, 2017, p. 143). Aqui também se trava uma batalha conceitual entre livre determinação, povo, território cujos efeitos serão refletidos no conceito de autodeterminação.

Os debates no âmbito da OIT se dão entre representantes²⁵ dos empregadores e dos trabalhadores dos países membros, lembrando que os grupos étnicos continuam na classificação mundial do sistema capitalista como trabalhadores. No caso do Brasil, acerca dos conceitos em debate, a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) representando os empregadores se manifestou contra a terminologia povo, opinando pela manutenção do termo populações. (HUACO PALOMINO, 2015, p. 76, tradução nossa). Do mesmo modo, a CNI se manifestou contrariamente ao conceito de território, sugerindo a supressão à referência terras tradicionalmente ocupadas por terras que efetivamente ocupam considerando-se “sua fase cultural.”. (HUACO PALOMINO, 2015, p. 233, tradução nossa).

A propósito, SOUZA FILHO (2003, p. 53) elucida a noção do conceito de povo no âmbito da ONU e para o direito internacional – conforme se viu nos pactos descritos anteriormente – sendo que “se limita à base humana de um Estado nacional”, sem, contudo, considerar as diferenças internas, e, nesse sentido, o povo, corresponde à somatória de todos os cidadãos que vivem em um “território nacional determinado, jurisdicionado por um Estado.”. Este deve garantir e reconhecer direitos a todos individualmente e indistintamente, pois todos são iguais e no que toca àqueles indivíduos e segmentos populacionais excluídos, invisibilizados, originários, enfim, categorias de pessoas e coletividades que foram subalternizadas quando da colonização e ainda continuam nesse estado, tem todos os seus direitos escolhidos pelo Estado, sejam civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Nessa perspectiva, o direito de autodeterminação dos povos se aplicaria em situações de não constituição de Estados, pois nos já independentes prevalece o princípio da integridade territorial. Dessa forma, a autodeterminação dos povos dentro do Estado traduz a noção de “cumprimento das regras legais estabelecidas” pelo mesmo ente, e por sinal elucida a as

²⁵ No caso do Brasil, a representação dos empregadores era a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) e dos trabalhadores a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG).

limitações do conceito vez que os povos podem se “constituir em Estado desde que não estejam sob a jurisdição de um Estado já constituído”, pelo que não é demais lembrar que no âmbito do direito internacional a autodeterminação dos povos é direito destinado aos Estados “que garantam os direitos individuais, entre eles o de propriedade.” (SOUZA FILHO, 2003, p. 53).

Um discurso importante da Sra. Sayers que participou como conselheira técnica dos trabalhadores do Canadá e, também, representante indígena, sintetiza as disputas em torno da atribuição de significados às categorias povo e território, especialmente para os povos indígenas, pelo que:

Los términos «pueblos» y «territorios» han sido condicionados y clasificados. Nuestras leyes consuetudinarias no se reconocen ni se respetan; nuestros derechos inherentes al consentimientose diluyeron en consultas. No, nosotros, como pueblos indígenas, no tenemos que aceptar esto, y no lo aceptamos. Continuaremos sobreviviendo junto con nuestras leyes e instituciones, pese al Convenio num. 107. (HUACO PALOMINO, 2015, p. 578).

Ações no sentido de classificação e restrição das categorias de um lado e ações pelo máximo alcance possível da livre determinação, de outro. Na verdade, o que estava em questão era que os Estados membros mostravam resistência com a palavra povo mesmo sendo complementada com a palavra tribal, vez que pairava temor de possibilidades de interpretações, por parte dos povos interessados, que levassem a demandas por independência e para solucionar o impasse “[...] a Convenção estabeleceu que a palavra povo²⁶, quando empregada por ela, não tinha o significado que lhe dá o direito internacional.” (SOUZA FILHO, 2003, p. 53).

Nesse mesmo sentido, foi o deslinde das controvérsias envolvendo o termo território, vez que a “mesma ideologia nega a existência de povo” opera para negar o uso do termo território fora da concepção estatal de modo que o reconhecimento do direito coletivo ao território poderia significar um caminho para o autodesenvolvimento, sendo que o limite desse direito seria “a autodeterminação de transformar-se em Estado.” (SOUZA FILHO, 2003, p. 52).

Como vimos, a categoria livre determinação não aparece expressamente na Convenção n.º 169 da OIT e isso é resultado das pressões nos trabalhos de revisão da convenção anterior por parte de alguns representantes governamentais, o que levou a se evitar o uso da terminologia durante os trabalhos. Os expertos evitaram a utilização do termo, enquanto o

²⁶ Nesse sentido é o art. 1º, item 3: A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. (OIT, 2017).

movimento indígena internacional o reivindicava de diferentes formas, especialmente “como máxima expressão de um direito” dos povos indígenas e tribais controlarem seu desenvolvimento, somada à noção, proposta pelos expertos, de “controle do próprio do próprio desenvolvimento”, expressão, também questionada por alguns setores governamentais. (HUACO PALOMINO, 2003, p. 28, tradução nossa).

As preocupações de muitos países para não se interpretar a categoria como independência do Estado também se fazem presentes nas discussões, pelo que se buscou evitar ou retirar dos artigos propostos para a nova Convenção quaisquer expressões que representassem grau maior de autonomia para os povos indígenas e tribais, tais como decidir, aprovar, entre outras. Como exemplo, cite-se o caso do Brasil que na proposta de redação do art. 7º²⁷ a CNI sugeriu a supressão do parágrafo 2 proposto porque representava “[...] o direito destas comunidades à livre determinação ou à criação de um Estado dentro de um Estado soberano.” Na tradução para o português o termo decidir ficou *direito de escolher*²⁸ diferente da versão final em espanhol em que foi mantido o termo decidir. (HUACO PALOMINO, 2015, p. 162, tradução nossa).

De qualquer modo, a expressão continua no centro dos debates sendo alvo de classificações restritivas de um lado, e pretensões mais ampliativas de seu alcance, de outro, sendo que na prática as questões envolvendo o conceito de autodeterminação e sua aplicação para os povos indígenas e tribais acabaram por assimilar as noções de “controle sobre o próprio desenvolvimento, participação e consulta” passando estas a serem sucedâneas da noção de livre determinação para esses povos. (HUACO PALOMINO, 2003, p. 142, tradução nossa).

Dessa forma, livre determinação no contexto da Convenção n.º 169 da OIT consiste na liberdade dos povos interessados se determinarem nessa qualidade de povo, além de definirem os percursos de suas próprias existências, devendo esse direito ser reconhecido e respeitado

²⁷ Proposta de redação do art. 7º, item 2: “Los (pueblos/poblaciones) interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, territorios, instituciones y bienestar espiritual, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos (pueblos/poblaciones) deberán participar en la formulación y aplicación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente.” (HUACO PALOMINO, 2015, p. 162).

²⁸ Na redação final do art. 7º, o texto passa para o item 1 da seguinte forma: “Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.” (OIT, 2017).

externamente, tanto nos limites dos Estados, quanto no âmbito internacional. Já a noção de autodeterminação aparece como uma espécie do gênero livre determinação e consiste, na dimensão do direito, num exercício de autonomia interna, dentro da estrutura orgânica estabelecida pelos povos e “no âmbito de cada jurisdição indígena ou tradicional, conforme sua organização social própria” significando, ao final, autogoverno. (LIMA DA SILVA, 2017, p. 145).

Em que pese os notáveis avanços trazidos pela Convenção n.º 169 vê-se também que o resultado dos conceitos livre determinação, território e povo foram ressemantizados de forma bem restrita o que demonstra que predominou ainda a perspectiva etnocêntrica nas novas definições. Há mudanças importantes, mas não tem se mostrado tão fácil o desapego das influências conceituais de integração, assimilação e minorias quando da abordagem desses temas no direito internacional.

Isso é o que se percebe no ano de 1992 quando a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas que tem como foco a proteção das pessoas integrantes de minorias, aparecendo a última expressão mais de 20 vezes, desde o título, passando pelo preâmbulo e artigos. Já se observa uma abordagem considerando as coletividades culturais e isso é importante para os grupos e para os seus membros, contudo, demonstra a continuidade da perspectiva de que coletividades não estatais são minorias como grupos humanos sem direitos específicos. À época, a própria estrutura²⁹ em que esses assuntos eram tratados mostra que o direito internacional deveria operar com a categoria minorias por um bom tempo, mesmo já se sabendo da categoria povo que começa a substituir àquela.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI), aprovada na 107ª sessão plenária aos 13 de setembro de 2007 traz importantes ampliações ao conceito de autodeterminação dos povos. Mesmo que não possua caráter normativo, portanto, não vincula os Estados, como a Convenção n.º 169 da OIT, a declaração é importante no sentido de instituir normas mínimas de direitos humanos para sobrevivência e dignidade aos povos indígenas. (LIMA DA SILVA, 2017, p. 181).

²⁹ À Época da elaboração da declaração esses assuntos eram tratados na Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos que teve seu nome alterado em 1999 para Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. Trocou-se o nome, mas os grupos étnicos, religiosos, linguísticos continuam a serem referenciados como minorias. Disponível em: < <https://ajonu.org/2012/10/17/o-sistema-dos-direitos-humanos-das-nacoes-unidas/>> Acesso em: 12 dez. 2017.

Observa-se que logo no preâmbulo há a menção de que “[...] nada do disposto na presente Declaração poderá ser utilizado para negar a povo algum seu direito à autodeterminação, exercido em conformidade com o direito internacional”, do qual se pode interpretar que os princípios estabelecidos na carta podem ser aplicados a outros povos, de acordo com as especificidades observadas. No artigo primeiro, vem o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos dos direitos humanos individual e coletivamente, enquanto nos arts. 2º, 3º e seguintes consta expressamente o direito de autodeterminação e por isso determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural (ONU, 2017), o que mostra a adoção do conteúdo do direito que fora discutido no âmbito da OIT que à época identificara os indígenas e tribais como povos, mas negaram-lhes, na prática “a condição de tais”, negando-lhes, igualmente, o direito a livre determinação, pelo que a Declaração de 2007 veio sanar, em parte, a situação. (CLAVERO, 2017, p. 33, tradução nossa).

No mesmo sentido da Declaração da ONU de 2007, aos 14 de junho de 2016 foi aprovada em sessão plenária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI), sendo que em seu art. 3º há expressamente o direito à livre determinação com o sentido determinarem livremente sua condição política e buscarem livremente seu desenvolvimento econômico, cultural e social e, na mesma linha é o art. 21 que estabelece a livre determinação com o significado de direito à autonomia ou ao autogoverno. (OEA, 2017). O limite ao direito, tanto na Declaração da ONU de 2007 (art. 46), quanto na Declaração Americana de 2016 (art. 4º), é a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos independentes.

1.3.1 Autodeterminação dos povos e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Da leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem infere-se que o direito interamericano é uma espécie de direito internacional regional e interestatal reforçado com previsão de direitos humanos individuais, mas com uma especificidade de sequer mencionar grupos culturais distintos, mesmo como orientação de tolerância de suas culturas, como fizera a DUDH. Todavia, o cenário de negação de direitos no plano abstrato das normas daria lugar a outro, mais positivo e de efetivação dos direitos dos povos indígenas e tribais. (CLAVERO, 1994, p. 74, tradução nossa).

O marco na aplicação de direitos coletivos internacionais reconhecidos à povos indígenas e tribais na América, são os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos que começa a construir sua jurisprudência em decisões relacionadas com o direito ao território. O caso paradigma envolvia os povos *Mayagna Awas Tingni Indigenous* e o Estado da Nicarágua e os fatos se resumem basicamente à ausência de demarcação de terras e outorga destas à iniciativa privada, para exploração.

A Corte reconheceu aos indígenas o direito às terras por meio do que chamou de “[...] interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de direitos humanos” que ampliou o alcance do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que estabelece o direito de propriedade, interpretado pela corte como direito ao território, ao combiná-lo com a norma estabelecida no art. 29, *b*, que proíbe interpretações restritivas de direitos e liberdades, o exercício ou o gozo dos direitos ao se aplicar as leis dos Estados ou outros instrumentos internacionais. Assim, nesse julgado é consignado o entendimento de direito de propriedade coletiva, pertencente a comunidade indígena reivindicante, pelo que a Corte IDH consagra o dever do Estado de reconhecer, agora com efeitos jurídicos, o direito ao território.

Outra decisão da Corte IDH foi o caso envolvendo os membros da Comunidade Indígena *Sawhoyamaya* e o Estado do Paraguai³⁰, com sentença prolatada em 2006, cujos fatos se resumem na sobreposição das terras por fazendas e, agora, reivindicadas pela comunidade. A Corte decidiu no mesmo sentido do caso anterior, sendo que ficou configurada a violação, pelo Paraguai, do art. 21 da CADH.

Nos dois julgados a violação do art. 21 foi combinada com os arts. 1º, item 1 que estabelece os deveres de os Estados respeitarem os direitos previstos na CADH e art. 2º, que prevê adoção de medidas no direito interno dos Estados e, a propósito, foram identificadas leis internas que regem a matéria sobre territórios indígenas tanto na Nicarágua, quanto no Paraguai, contudo a violação do art. 2º foi pela falta de medidas efetivas no cumprimento.

Do mesmo modo, nos dois julgados a Convenção n.º 169 da OIT foi aplicada e contribui para a análise ampliativa, (art. 29, *b*, CADH) pelos membros da Corte, do art. 21 da CADH, considerando interpretação evolutiva do sistema interamericano, bem como o desenvolvimento da matéria no direito internacional como um todo, pelo que os conceitos de

³⁰ Alguns dos principais argumentos: “El Estado ha presentado tres argumentos: 1) que las tierras reclamadas han sido trasladadas de propietario en propietario “desde hace mucho tiempo” y están debidamente inscritas; 2) que dichas tierras están siendo debidamente explotadas, y 3) que el propietario de las tierras “está amparado por un Tratado entre la República del Paraguay y la República Federal de Alemania[...] el cual [...] es Ley de la Nación”.” (CORTE IDH, 2017).

propriedade e posse foram alargados para contemplarem o aspecto coletivo, enfatizando que a proteção prevista no art. 21 não destina proteção à propriedade em sua concepção clássica, apenas, mas alcança a propriedade e posse coletiva. A partir da interpretação sistemática dessas convenções o Tribunal considerou a estreita vinculação dos integrantes dos povos indígenas com suas terras tradicionais, além dos bens naturais ligados a suas culturas. Considerou elementos corporais e incorpóreos da cultura indígena além da forma de vida particular e seus modos de ser, ver e atuar no mundo, tudo em estreita ligação com a terra. (CORTE IDH, 2017).

Comuns aos dois julgados foram as violações ao art. 4º c/c com art. 1º, 1, pela não observância do direito à vida, direito humano sem o qual todos os demais direitos carecem de sentido; ao art. 5º c/c art. 1º, 1 pela não observância ao direito à integridade física, psíquica e moral; aos arts. 8 e 25, ambos combinados com o art. 1º, item 1, referentes às garantias e proteção judiciais, tendo a Corte enfatizado a sua jurisprudência no sentido de ser indispensável que os Estados destinem proteção efetiva que considerem as especificidades dos povos indígenas, a exemplo de suas características sociais, culturais e econômicas, além de seus costumes e valores. (CORTE IDH, 2017).

Decisão da Corte que marca a aplicação das normas internacionais, acerca da autodeterminação dos povos a comunidades negras é o caso da Comunidade *Moiwana* e o Suriname em que os fatos estão relacionados a descolamento forçado de suas terras por uma operação militar em 1986, durante o regime militar, em que 39 membros das comunidades foram mortos e os sobreviventes foram obrigados a fugir.

A Corte, aplicando os entendimentos estabelecidos para os povos indígenas, considerou diversas violações da CADH, entre as quais, ao art. 5º, que prevê o direito à integridade pessoal, art. 22, que trata a livre circulação e residência, art. 8º, sobre as garantias judiciais, art. 25, proteção judicial, art. 21, acerca do direito de propriedade, todos combinados com o art. 1º que consagra o dever de respeito a todos os demais previstos na convenção e nas demais normas internacionais e interna aos Estados. Nesse sentido:

[...] los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una “relación omnicomprendiva” con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes – lo cual ha sido reconocido y respetado durante años por los clanes N'djuka y por las comunidades indígenas vecinas (*supra* párr. 86.4) – debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. Los límites

exactos de ese territorio, sin embargo, sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas [...]. (SENTENÇA, CORTE IDH, 2018, pp. 57-58).

A Corte IDH, portanto, reconheceu os membros da comunidade como donos legítimos das terras e possuem o direito de uso e gozo destas e destacou que desde os fatos ocorridos em 1986 os direitos desses povos estavam sendo negados pelo Estado, pelo que concluiu que o Suriname violou o art. 21 da CADH por não respeitar e tampouco garantir o seu exercício, nos termos do art. 1º, item 1, da mesma convenção. (SENTENÇA, CORTE IDH, 2018).

Os casos apresentados, especialmente com relação ao direito de propriedade, trazem a trajetória da jurisprudência da Corte IDH que tem permitido uma abertura hermenêutica para considerar as especificidades que os fatos exigem. Estes trazem a tona processos de desterritorialização forçada³¹, bem como indiferenças e ineficiências por parte dos Estados que resultam em não reconhecimento das especificidades dos povos, bem como demonstram o racismo institucional latente e uma continuidade colonial nas relações.

De toda sorte, a Corte vem decidindo que em casos como esses, em que as comunidades deixam o território tradicional por circunstâncias alheias à sua vontade, o direito de propriedade prevalece e a restituição se impõe, mesmo sobre direito de terceiros. Se a restituição não for possível, outras terras de igual extensão e qualidade devem ser outorgadas, sendo mais uma espécie de “reterritorialização”, nessas situações. (LIMA DA SILVA, 2017, pp. 186-187).

De outro modo, ante a ausência de demarcações e titulações de propriedade a Corte tem reconhecido o dano imaterial, assegurando, também, reparações a violações de direitos que geram danos espirituais, nesse sentido:

[...] La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno. (SENTENÇA, CORTE IDH, 2018, p. 70).

³¹ “Nesses casos está-se diante de *crimes de lesa-humanidade*, portanto, *imprescritíveis*. O Estado responde pelo não cumprimento das normas (*ius cogens*) relacionadas a restituição/reterritorialização no âmbito do Direito Internacional.” (LIMA DA SILVA, 2017, p. 186, grifos da autora). Ver também: “[...] el Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo ha ejercido su competencia con regularidad sobre las consecuencias de reubicaciones, particularmente en lo que se relaciona con los derechos de propiedad, los cuales persisten aun en los casos en que los hechos que las originaron ocurrieron décadas antes de la entrada en vigor del Convenio No. 169;” (SENTENÇA, CORTE IDH, 2018, p. 55).

Dessa forma, a partir dos casos apresentados³² constatou-se a consolidação da jurisprudência da Corte IDH amparada numa interpretação global dos direitos humanos internacionais, especialmente a Convenção n.º 169 da OIT mencionada expressamente como instrumento internacional utilizado. Pela leitura das sentenças se observa a assimilação das concepções de povo, território, e livre determinação nos termos definidos pela convenção da OIT. O reconhecimento das especificidades culturais dos povos, a noção de território que ampliou o conceito de propriedade clássico, e a livre determinação, quando a Corte determina consulta aos próprios interessados para as demarcações das terras comprovam a influência do convênio nos juízos proferidos.

Portanto, o direito de autodeterminação dos povos indígenas e tribais, no sentido de autoatribuição ou autorreconhecimento para a fruição de direitos culturais e de propriedade começa a produzir efeitos jurídicos no cenário internacional a partir da guinada jurisprudencial no âmbito da Corte IDH aplicando aos Estados partícipes a Convenção n.º 169 da OIT, primeira normativa interestatal destinada ao reconhecimento efetivo dos povos indígenas e tribais passando esta a se configurar num direito internacional interamericano³³, alterando, ao menos em parte, a lógica colonialista da Carta da OEA, bem como da CADH. (CLAVERO, 2017, p. 10, tradução nossa).

1.4 AUTODETERMINAÇÃO, REDISTRIBUIÇÃO E RECONHECIMENTO

As análises referentes a livre determinação dos povos até esse ponto transparecem, além de disputas travadas no âmbito do direito internacional, os efeitos da globalização como um padrão global de poder e os seus reflexos mundiais e locais que especialmente tem contribuído para um realce da cultura na política e, conseqüentemente, nos pontos de vista acerca da justiça social. Ainda, aparece como especificidade desse padrão de poder “a politização da cultura”, principalmente nas reivindicações de “identidade e diferença”, que são, na prática, “lutas por reconhecimento” cada vez mais presentes nas sociedades contemporâneas. (FRASER, 2002. p. 8).

Lutas por reconhecimento em escala internacional e interna aos países tem se tornado rapidamente um modelo “de conflito político no final do século XX”. Demandas de gênero,

³² Ver outros julgados da Corte IDH: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2008); Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010); Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010); Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012); Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

³³ Bartolomé Clavero (2014, p. 16, tradução nossa) tece críticas pelo fato de alguns Estados não aplicarem a Convenção 169 no direito interno, reduzindo-a a um direito interamericano.

raça e grupos culturais ocupam a pauta dos movimentos contemporâneos em nome do reconhecimento das diferenças, pelo que antigas formas predominantes de mobilizações contra injustiças dão lugar a novas, como, por exemplo, a substituição da “exploração” como “injustiça fundamental” pela “dominação cultural”, bem como da “redistribuição socioeconômica” pelo reconhecimento cultural. (FRASER, 2006, p. 232). Não obstante, muitas lutas políticas hodiernas, especialmente as relacionadas a povos culturalmente distintos, amparam-se em lutas por redistribuição e reconhecimento ao mesmo tempo.

Essa inclinação para o reconhecimento como o eixo das lutas políticas é positivo porque significa “um alargamento da contestação política” outrora restrita às lutas de classes, como, por exemplo, a dos trabalhadores, ancoradas nos objetivos de distribuição econômica igualitária e que quase sempre dissimula os problemas de subalternização de alguns segmentos populacionais no mundo. Dessa forma, há uma ampliação na concepção de justiça social que abrange as questões relacionadas à “representação, identidade e diferença”. Contudo, é preciso cuidado com a predominância ora do modelo de reconhecimento, ora do modelo distributivo uma vez que deslocamentos oferecem riscos de “substituição, reificação e enquadramento desajustado”, sendo a globalização um terreno que oferece perigos, mas é o lugar do possível em termos de (in) justiça social. (FRASER, 2002, p. 9).

O problema da substituição se resume na transição do paradigma redistributivo para o reconhecimento, o que é uma contradição haja vista o capitalismo global acelerar um processo de desigualdades econômicas, mas de qualquer modo, as questões identitárias tem tomado espaço nas lutas políticas. A reificação aparece como outra contradição da história, pois o aumento das lutas por reconhecimento ocorre num contexto de aumento “da interação e comunicação transculturais”, sendo um desafio a adequação das lutas pelo reconhecimento de modo a não se tornarem lutas que simplificam e “reificam as identidades de grupo”, pois se dessa forma se procede, as lutas servem mais a finalidades independentistas, de intolerância e autoritaristas, o que extrapola os objetivos da análise do reconhecimento como uma questão de justiça social nas sociedades. O enquadramento desajustado aponta outra contradição no contexto da globalização, pois está “descentrar o enquadramento nacional” ao ponto de os Estados nacionais não serem mais a instância exclusiva de regulação da justiça social, o que leva a postulações pela justiça em outros níveis, sejam regionais, ou internacionais. (FRASER, 2002, pp. 10-18).

Uma resposta ao problema da substituição assenta na ampliação das concepções da justiça para abranger tanto as questões mais conhecidas relacionadas às desigualdades sociais,

econômicas e de classe, quanto as atinentes ao reconhecimento como, por exemplo, a hegemonia cultural, os abusos e os processos de subalternização. Para o problema da reificação a resposta está no repensar a categoria reconhecimento para se chegar a uma concepção “não identitária” capaz de se adaptar aos movimentos de interação cultural. Quanto ao enquadramento desajustado a resposta está em pensar os conflitos nos seus devidos planos, se são “locais, nacionais, regionais ou globais” e descentra-los do âmbito nacional a partir de uma concepção múltipla de enquadramentos, de soberanias³⁴, capazes “acomodar toda a extensão de processos sociais que criam disparidades na globalização.”. (FRASER, 2002, pp. 9-20).

Atualmente, há duas correntes de pensamento predominantes acerca das injustiças que demandam redistribuição³⁵ e reconhecimento. Em síntese, a primeira forma de injustiça é solucionada com distribuição equitativa de bens e está numa relação precedente ao reconhecimento que aconteceria a partir de um acesso igualitário as riquezas materiais, enquanto a segunda forma de injustiça seria solucionada pelo reconhecimento intersubjetivo que precede à ideia de distribuição de bens e riquezas. Constata-se, então, uma “falsa antítese” entre ambas as formas de concepção da justiça (FRASER, 2007, p. 103). Todavia, os representantes dos entendimentos de ambos os lados convergem no sentido de que a “[...] distribuição pertence à moralidade, o reconhecimento pertence à ética, e ambos nunca se encontrarão. Então, cada um sustenta que o seu paradigma exclui o do outro.”. (FRASER, 2007, p. 105).

Trata-se, portanto, de questões ligadas à “moralidade ou a ética; o correto e o bem, entre a justiça e a boa vida” sendo que, em suma, cuida-se de saber se “[...] paradigmas de justiça usualmente ligados com a “moralidade” podem dar conta de reivindicações pelo reconhecimento da diferença – ou se é necessário [...] voltar-se para a “ética”.”. (FRASER, 2007, p. 103, grifos da autora). Sem embargo, os dois paradigmas podem ser sustentados a depender do caso concreto. Há casos em que há necessidade de distribuição, outros de reconhecimento, outros de distribuição e reconhecimento, portanto se faz necessária a integração dos dois modelos de justiça para que se dê um tratamento adequado às demandas que versam (in) justiça econômicas e culturais.

³⁴ “Em termos gerais, então, não há nenhum enquadramento ou nível de soberania que por si só seja suficiente para lidar com a totalidade das questões de justiça no contexto da globalização.” (FRASER, 2002, p. 19).

³⁵ “A hegemonia dos pontos de partida liberais no debate contemporâneo da justiça tem como marco a teoria da justiça de Rawls [...]”. (JEVEAUX, 2012, p. 78).

É nesse sentido que Nancy Fraser amplia a sua concepção de justiça para abarcar tanto a distribuição, quanto o reconhecimento tratando as duas categorias separadamente sem relação de subsunção ou de precedência (2007, p. 18). Quer evitar o que chama de “esquizofrenia filosófica” ao criticar a ética como base para um modelo de reconhecimento, pelo que deixa evidente a sua concepção de um reconhecimento³⁶ deontológico, de dever ser, e não um reconhecimento por identidades em que a ética é o parâmetro normativo³⁷. (2007, p. 10).

Concebe-se, então, o reconhecimento como uma questão de “status³⁸ social”, pois o que demanda reconhecimento não são as questões de identidade, “mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social”³⁹. Dessa forma, um não reconhecimento não acarretaria degradação da “identidade de grupo”, mas “subordinação social” significando a privação de participação igualitária na vida social. (FRASER, 2007, p. 107).

Portanto o reconhecimento como uma questão de *status* leva à análise de “[...] padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais como parceiros.”. Em havendo valorações culturais nas normas institucionalizadas que impeçam uma igualdade de participação e/ou exclusão de indivíduos ou grupos tem-se um “não reconhecimento e subordinação de status.”.⁴⁰ (2007, pp. 107-108).

No centro dessa concepção ampliada da justiça Nancy Fraser coloca a norma de “paridade de participação” que significa a permissão de interação social com parceiros dos membros de dada sociedade, sendo que apresenta duas condições, uma objetiva e outra subjetiva. A primeira está ligada à distribuição bens materiais “que assegure voz dos participantes.”. A segunda preconiza que “[...] os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social.”. Esta última seria uma “condição intersubjetiva” de participação paritária que retira dos padrões normativos institucionais as normas que negam aos indivíduos

³⁶ “Por todas essas razões, o reconhecimento é mais bem tratado como uma questão da justiça e, portanto, da moralidade, do que como uma questão da boa vida e, desse modo, da ética.” (FRASER, 2007, p. 115).

³⁷ Crítica da autora ao modelo de reconhecimento por identidade (FRASER, 2007, p. 11).

³⁸ “[...] No presente ensaio, traço um paralelo entre uma versão da diferenciação que Weber faz entre classe e status, e a diferença entre distribuição e reconhecimento.” (FRASER, 2010, p. 124).

³⁹ “[...] o modelo de status possui outra grande vantagem. Diferentemente do modelo da identidade, ele entende o reconhecimento de uma forma em que esse não é colocado no campo da ética.” (FRASER, 2007, p. 109).

⁴⁰ Ex.: “[...] heterossexual é normal, gay é perverso; “famílias chefiadas por homens” são corretas, “famílias chefiadas por mulheres” não o são; “brancos” obedecem à lei, “negros” são perigosos.” (FRASER, 2007, p. 108).

participação integral nas interações em razão de suas características não as reconhecendo em suas distinções. (2007, pp. 119-120).

Frise-se, portanto, que a política de reconhecimento proposta ampara-se na “cultura”⁴¹ em suas formas socialmente estabelecidas”, inclusive o direito, para superar situações de subordinação a partir de “reparações institucionais para danos institucionalizados”, o que implica mudança de “valores que regulam a interação” e consolidação de novos arquétipos valorativos que fomentarão a participação paritária em sociedade. (FRASER, 2010, p. 123).

O contexto dos trabalhos de revisão da Convenção n.º 107 da OIT exemplifica, para o propósito dessa dissertação, movimentos e lutas por justiça social a partir da identificação, pelos povos indígenas e outros grupos culturais, da dominação cultural que insiste em reservar-lhes, nas estruturas de poder sociais, lugares subalternos tanto no aspecto da justa distribuição de bens materiais, quanto no do reconhecimento de suas diferenças culturais. Marca um tempo em que agenciamentos são traduzidos em lutas na busca do reconhecimento, pela cultura dominante institucionalizada de matriz colonial, de que são povos com direito a livre determinação, rejeitando, assim, as atuais reelaborações da “divisão racial contemporânea do trabalho” que ora pretende relegá-los a uma subcultura campesina e supostamente passageira, ou mesmo enxergá-los como possibilidade de mão-de-obra remunerada. (FRASER, 2006, p. 235).

Assim é preciso frisar que tais lutas não estão concentradas na propriedade, apenas, pois fosse assim haveria grande contradição, no sentido de se ter trabalhadores pertencentes a minorias reivindicando terras. No mesmo sentido, também se confirmariam os propósitos de integração e assimilação dessas ditas populações tradicionais de culturas menos desenvolvidas com a perspectiva de entrada de suas terras no mercado. De outro lado não se tratam de lutas em busca do reconhecimento, pela cultura dominante, das identidades culturais de fronteiras rígidas, intocadas, para não torná-las utópicas ou impossíveis diante da realidade de intercomunicação de culturas no contexto da globalização.

Pontue-se, igualmente, que essas lutas estão enquadradas em nível global, pois a partir de 1957 no âmbito da OIT e por volta da década de 70 na ONU começam as abordagens a partir dos problemas dos povos indígenas e tribais (CLAVERO, 1994, p. 75, tradução nossa) entrando os temas no âmbito da legislação internacional. Do mesmo modo, localizam-se no nível internacional regional americano, e agora como uma questão de aplicação do direito e de

⁴¹ Cultura predominante enquanto poder institucionalizado, e não diversas culturas independentes e não institucionalizadas.

cumprimento pelos Estados, especialmente das normas da OIT, quando a Corte IDH começa em 2001 a formar jurisprudência acerca do direito de livre determinação dos povos indígenas e comunidades negras. Portanto, já em nível nacional cabem aos Estados adotarem medidas adequadas para a promoção e efetivação das normas internacionais aplicáveis aos povos interessados para que seja garantido o direito e alcançada a justiça social, reconhecendo diferenças e redistribuindo as riquezas e promovendo a mudança de seus integrantes de um status de subordinação para outro de paridade participativa como um igual na vida social.

Portanto o direito de livre determinação dos grupos culturais em suas formas de controle sobre o próprio desenvolvimento, participação e consulta proporciona uma alteração na estrutura de poder do direito internacional para retirá-los de um lugar subordinado e iniciando um processo de efetivação da justiça social. Esse direito inaugura uma era de reconhecimento no ordenamento internacional das coletividades enquanto povos, da ampliação do conceito de terras para territórios e promovendo mudanças na concepção analítica de redistribuição que agora abarca recursos materiais e naturais.

Para os grupos culturais, redistribuição justa e reconhecimento de diferenças devem passar necessariamente “pelo caminho da decolonialidade do poder, do saber e do ser” (LIMA DA SILVA, 2017, p. 162) e no tocante ao direito percebeu-se o começo das transformações, principalmente, a partir da Convenção n.º 169 da OIT que sinaliza para uma cultura global dos direitos humanos individuais e coletivos, reconhecendo diferenças de grupos e consagrando o direito à livre determinação. Todavia sabe-se que há resistências nacionais na aceitação das normas, a exemplo do Brasil, que mesmo nos trabalhos preparatórios as manifestaram por meio da CNI. Além disso, os procedimentos de controle de aplicação e cumprimento da Convenção são limitados, dificultado uma mudança mais ágil e efetiva do estado de subordinação dos povos interessados, mas de qualquer forma, o instrumento aponta um horizonte, uma mudança na perspectiva de abordagem. (CLAVERO, 1994, p. 91, tradução nossa).

A trajetória do direito de autodeterminação não se encerrara no direito internacional, com a Convenção n.º 169 da OIT, DNU DPI de 2007, e DADPI de 2016, pois essa espécie de direito internacional com características constitucionais é atualmente um “campo aberto a iniciativas sociais mediante organizações não governamentais” e vem despontado de forma positiva ao reconhecimento de um direito humano coletivo para os grupos culturais. (CLAVERO, 1994, p. 93, tradução nossa).

Se no âmbito internacional de matriz constitucional colonialista as coisas começam a mudar, internamente aos países há também pressões para a aplicação da Convenção n.º 169 da OIT, considerando que a efetivação do direito humano internacional não avança apenas por “determinações interestatais e convenções internacionais”, sendo que a cultura de direitos internacionais pretendida é impulsionada dentro dos países a partir da agência dos próprios povos interessados, além de outros agentes a exemplo das organizações não governamentais e isso é importante na medida em que o direito estatal é imperativo e se manifesta por “decisão e imposição”, ao passo que o direito internacional atua mais por “influência e persuasão.”. (CLAVERO, 1994, p. 93, tradução nossa).

Tendo-se a compreensão de que “os caminhos dos direitos não são somente o do direito” (CLAVERO, 1994, p. 91, tradução nossa) é que o próximo capítulo será dedicado à análise da trajetória histórico-jurídica dos quilombolas no Brasil. Se são considerados grupos culturais de fronteiras étnicas distintas e destinatários do direito de livre determinação em suas formas de controle sobre o próprio desenvolvimento, participação e consulta. O ponto de partida serão os problemas do conceito jurídico dessas coletividades dentro do regime escravista até o contexto jurídico atual no marco da Constituição de 1988 e do direito internacional vigente no país, a exemplo da Convenção n.º 169 da OIT. Interessa saber quando e como esse direito entra no Ordenamento Jurídico brasileiro e acerca da sua aplicação pelo Poder Judiciário.

2 QUILOMBOS

Neste capítulo objetiva-se identificar como se efetivou a incidência ou não do direito de autodeterminação dos povos aos quilombolas a partir do levantamento das principais normas que regem a matéria no Ordenamento Jurídico brasileiro, especialmente as previstas na Constituição de 1988, Convenção n.º 169 da OIT e Decreto n.º 4.887 de 2003. A trajetória dessa análise será informada pelas questões jurídicas, históricas e sociológicas que gravitam a conceituação dos quilombos desde o período colonial até o contexto atual da legislação sobre o tema.

2.1 O PARADIGMA CONCEITUAL HISTÓRICO-JURÍDICO DE 1740

A primeira conceituação de quilombo é atribuída, ainda, ao período colonial brasileiro em que o quilombo foi considerado todo espaço, ou “[...] toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele.” Tratava-se de um conceito jurídico-formal e descritivo que fora elaborado pelo Conselho Ultramarino em resposta ao Rei de Portugal em 1740. (ALMEDIA, 2002, pp. 48-49). Iniciei por este item não por acaso, uma vez que todos os pareceres formais e informais que gravitam a temática quilombola tem essa tensão colonial *versus* contemporâneo, onde a tônica dos afeitos ao tema é buscar um lugar no tempo e na agência dos quilombolas para o ingresso destes no mundo das garantias constitucionais. Notei, desta maneira, que os favoráveis e os contrários a ADI n.º 3.239 não estavam em desacordo absoluto sobre o que é o direito quilombola ou quem é quilombola, mas, pela força do direito, foram opostos em posições dentro de um mesmo campo jurídico (BOURDIEU, 1989) que reconhece os sujeitos, mas os situam em temporalidades distintas. Quando evocam o tempo como categoria social, ambos representam maneiras distintas de situar os sujeitos quilombolas, mas que encontram na luta pelo direito um espaço comum de reconhecimento. As reflexões que se seguem tomam a história como uma tensão interpretativa constituída entre as representações desses agentes.

Em 1741 o rei de Portugal baixa um alvará fazendo entrar para o direito o termo quilombos, sendo que neste alvará há dura ofensiva do rei para a repressão aos quilombolas, chamados à época de calhambolas cujos agenciamentos pela liberdade foram considerados insultos e desordem à estrutura vigente, pelo que ordena que se lhes marquem com a letra F, com fogo, e no caso de reincidência nesse crime, conforme considerado à época, que se lhes cortassem “[...] uma orelha, tudo por simples mandado do juiz de fora, ou ordinário da terra

ou do ouvidor da comarca, sem processo algum e só pela notoriedade do facto, logo que do quilombo for trazido, antes de entrar para a cadeia.” (SANTOS, 1868, pp. 70-71).

No período imperial continua-se a operar com o conceito de 1740, mas se percebe que há um endurecimento na repressão uma vez que o número de fugidos fora reduzido para três ou dois e nesse sentido, houve alteração no conceito reduzindo a quantidade de fugitivos para abarcar uma maior quantidade de situações sociais, sendo que as definições de quilombo permanecem as mesmas, havendo apenas algumas variações e intensidades entre os conceitos colonial e imperial.

No que toca ao período republicano há completo silêncio normativo a respeito da questão quilombola muito ancorado no pensamento de que após a abolição da escravatura não haveria mais razões para a existência de quilombos e por isso desapareceriam (ALMEIDA, 2002, p. 53), isso com base nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que dominavam a pauta do republicanismo. Nesse ponto é preciso destacar que essa leitura em relação aos quilombos desconsiderava as percepções dos ideais republicanos para as diferentes classes presentes na estrutura de poder social daquele contexto, povoando, assim, o imaginário nacional de uma liberdade para todos somada a uma igualdade de raças, bem como “uma cultura mestiça, valores e sentimentos que marcarão a modernidade e contemporaneidade políticas brasileiras.” Dessa forma, pode se pensar que os negros, inclusive os quilombolas, se apropriaram mais dos ideais de liberdade individual e se moviam em torno da construção dessa liberdade, enquanto a classe média das cidades predominantemente europeia, juntamente com setores agrários elitistas que já gozavam de direitos civis e políticos desde o período imperial, moveram-se mais “em torno de aspirações de igualdade política e social”. (GUIMARÃES, 2011, p. 19).

O fato é que o conceito jurídico de quilombo e quilombolas vigerá do período colonial até o imperial e, por omissão, no período republicano ao se pensar na extinção desses espaços e grupos simplesmente pela abolição jurídica em 1888. Dessa forma, torna-se importante compreender o conteúdo criminalizador e repressor do conceito estabelecido para se verificar e se afastar ao máximo desses elementos ao se pretender elaborar e definir essas situações sociais. Os problemas envolvendo os povos quilombolas na atualidade, especialmente os referentes ao seu direito de autodeterminação e território residem no fato de se insistir em manterem-se alguns dos elementos conceituais de 1740, sendo que a história jurídica do conceito precisa ser trazida a fim de se proceder às ressemantizações necessárias.

A definição de quilombo de 1740 é composta por “basicamente cinco elementos” conforme a seguir apresentados. O primeiro elemento consiste na fuga, isto é, a ideia primeira de quilombo está atrelada a fuga de escravos; o segundo diz respeito ao número de fugitivos e já foi visto que no período colonial era a quantidade de indivíduos que ultrapassassem de cinco e no período imperial, três ou dois; o terceiro elemento dá conta dos locais em que se estabeleciam os quilombos, sendo marcados pelo distanciamento geográfico, em regiões de difícil acessibilidade sempre trazendo a concepção da intenção dos fugitivos de estarem “mais perto de um mundo natural e selvagem do que da chamada “civilização.”; o quarto elemento aponta para a existência ou não existência do “rancho” compreendido como a morada habitual ou não dos fugidos e o quinto seria a premissa por exclusão “nem se achem pilões nele” significando o pilão “o símbolo da capacidade do autoconsumo e da capacidade de reprodução.”. (ALMEIDA, 2002, p. 48, grifos do autor).

Desse modo, percebe-se que esses cinco elementos persistem nas pretensas reformulações do conceito de quilombo e não raro são operacionalizados pelos juristas e por representantes de outras áreas do saber, pelo que se faz necessário relativizar esses elementos para que o quilombo não seja interpretado sempre como uma situação social marginal distante da “civilização e da cultura” além da ideia sempre presente de que os fugidos negavam “a disciplina do trabalho.”. Uma observação importante é que durante o período colonial se opera com a inscrição criminalizadora dos quilombos na legislação, sendo estes alvos constantes das ações militares para manter e restaurar a ordem; controlar e chamar os fugitivos à disciplina do trabalho, pelo que as ações militares eram no sentido de buscá-los dos lugares isolados para dentro dos limites das áreas de grandes plantações, enquanto no período imperial as ações militares são mais destinadas a afugentarem os quilombolas o que já demonstra que essas ações contra os quilombos consistiam “numa etapa inicial de projeto de colonização.”. (ALMEIDA, 2002, pp. 49-58).

Seguindo-se no decurso do tempo com a instituição do regime republicano, conforme já dito, há omissão do conceito de quilombo no ordenamento jurídico, contudo o termo passa por profundas ressemantizações ao ser incorporado nos discursos políticos da época como símbolo da resistência. Em primeiro momento o quilombo será abordado como resistência cultural cuja temática principal será a “persistência ou produção de uma cultura negra no Brasil.”. As noções de resistência cultural percebem o quilombo, inicialmente, como uma forma de reprodução dos modos de viver ou um retorno à forma de vida bárbara africana e, depois, significando uma reação à imposição cultural que provocou a desagregação da cultura

africana por que passara durante a escravidão. De uma forma ou de outra os estudos dessa forma de resistência cultural levaram sempre à tentativa de compreensão da cultura africana no Brasil, mesmo que não significasse um retorno ou uma reprodução da África. (ARRUTI, 2008, pp. 319-320).

Em um segundo plano do conceito o quilombo passou a ser definido como espaço político de resistência no sentido de inseri-lo numa potencial relação “entre classes populares e ordem dominante”, sendo que o Estado desponta como elemento de referencia no lugar da África. Nesse ponto é importante destacar que a “resistência política de classe” exsurge do “próprio protesto político” diferentemente das questões contra aculturativas com origem nos debates acadêmicos, sendo que por volta dos anos de 1950 é que essa linha classista aparecerá nas produções das ciências sociais muito em razão das influências do marxismo na historiografia e do aparecimento e crescimento dos movimentos sociais de esquerda. (ARRUTI, 2008, pp. 320-321).

É nesse sentido, por exemplo, que Clóvis Moura descreve o quilombo como uma forma distinta, por assim dizer, de resistência política contra a escravidão quando interpreta o agir dos quilombolas como uma “reação organizada de combate a uma forma de trabalho contra a qual se voltava o próprio sujeito que a sustentava” e o quilombo como “a unidade básica de resistência do escravo.” Na obra do autor já é perceptível uma abordagem que demonstra o quilombo como um desagregador da ordem escravista quando afirma que o fenômeno não era isolado e adstrito a determinados limites territoriais geográficos, sendo que as formas organizativas que evidenciavam uma estrutura social, de autogoverno e de relações sociais e comerciais são vistas com tom de surpresa e de tentativa de superação de uma compreensão culturalista objetual de quilombo. (MOURA, 1981, p. 87).

O quilombo de Palmares, ou a chamada República Palmarina desponta como o símbolo da noção de resistência política e como exemplo de organização social com grande número de quilombolas, com roças – plantação de milho, mandioca, banana, batata doce, feijão – criação de animais, enfim, uma estrutura com autogoverno e controle próprio, pelo que nas palavras do autor representou “a maior tentativa de autogoverno dos negros fora do Continente Africano.”. (MOURA, 1981, pp. 185-186).

Já num terceiro nível, ainda segundo as lições de José Maurício Arruti, a terminologia quilombo seria ressemantizada por meio da somatória das perspectivas racial e cultural com a de resistência política, pelo que o quilombo passa ser compreendido símbolo da “resistência negra”. Na formulação desta acepção de quilombo tem protagonismo o Movimento Negro

podendo identifica-la já nos idos de 1950, todavia com uma difusão mais efetiva percebida nos anos 1970. É no contexto dessa ressemantização que o Movimento Negro é fundado em 1978 e age para se considerar o dia 20 de novembro, em memória à morte de Zumbi dos Palmares, como o dia nacional da consciência negra como alternativa a data oficial em que se registra a abolição da escravatura no Brasil. Ressalte-se que esse sentido atribuído ao quilombo afasta-se daquele que o traduz como lugar de escravos fugidos, lugar longínquo, nas matas, distante do mundo civilizado, sendo que há uma ampliação do sentido para percebê-lo como “[...] todo e qualquer grupo tolerado pela ordem dominante em função de suas declaradas finalidades religiosas, recreativas, beneficentes, esportivas” o que significa dizer que nesse momento o quilombo representava um agrupamento entre irmãos numa ótica humanista destinada à sua interpretação. (ARRUTI, 2008, p. 321).

Todas essas percepções históricas do quilombo se fazem presentes nas discussões e debates sobre o tema certamente sofrendo reformulações e outras ressemantizações, o que é compreensível diante das realidades que se apresentam e se impõem de diferentes formas na vida cotidiana. É preciso considerar que a história contemporânea vem contribuindo para o tema dos quilombos fazendo alguns alargamentos conceituais, identificando elementos que evidenciam a agência dos quilombolas na luta pela liberdade de diferentes formas e não somente aquelas relacionadas à resistência cultural - num sentido de valorização e afirmação racial, - ou ao retorno a uma cultura tradicional, perspectivas, portanto, eurocêtricas⁴².

Nesse sentido novas abordagens dão conta das relações de poder que permeiam a temática quilombola realçando as tensões entre esses grupos e a ordem instituída, o que provoca, igualmente, o deslocamento de compreensão das categorias raça e cultura ao se recuperar o sentido de que estas ainda operam classificando-os como subordinados nas estruturas de poder da sociedade nacional.

Portanto, os quilombos representavam, ainda antes da abolição, uma das muitas formas contestatórias que se impunham no cotidiano das relações de poder entre os senhores e escravos, significando um modo de agenciamento pela liberdade “com lógicas próprias entre experiências sociais concretas em cada sociedade.” (GOMES, 2006, p. 8).

Do mesmo modo, o imaginário que traduzia o quilombo como agrupamento de fugitivos, selvagens ou primitivos que desejavam o contato com a natureza é substituído pela compreensão de que os quilombolas não viviam às margens da ordem escravocrata, pelo que

⁴² Um dos principais mitos do eurocentrismo é emprestar sentido às diferenças entre Europa e não Europa como diferenças naturais, de raça e não de história de poder. (QUIJANO, 2000, p. 128, tradução nossa).

“criaram e recriaram espaços no interior dos diversificados mundos da escravidão”, modificando, confrontando e desestabilizando “paulatinamente os mundos que permaneceram escravos.”. (GOMES, 2006, p. 26).

A leitura do período histórico em que viveu a escravidão no Brasil deve se distanciar das concepções, mesmo que importantes, que descrevem o quilombo apenas como resistência ao trabalho, resistência política classista e ou prática de afirmação cultural, incorrendo em reducionismos na tentativa de adequar a uma ou outra categoria *a priori* situações sociais diversas e complexas. Deve-se ter em conta que o regime escravocrata não se constituía um mundo folclórico, sendo as relações entre escravizados e escravizadores conflituosas, pelo que os agenciamentos por liberdade dos primeiros resultavam em protestos e interferências “nos processos em que a vida deles estava envolvida” e o quilombo aparecia como resultado desses movimentos e também como agente de interferência no sistema escravagista, mesmo que todo esse processo “não significasse de imediato o fim da escravidão”. (GOMES, 2006, p. 281-282).

Sem negar o poder da dominação e indo além do “poder da resistência”, é preciso atribuir à agência quilombola a faceta de, intencionalmente, “perseguir projetos culturalmente definidos”, resultando numa compreensão multifacetária que permite o estudo dessas realidades sociais em sua complexidade, pelo que a agência⁴³, então, tem essas duas dimensões significando a perseguição de projetos e o poder aqui pensado como “uma faca de dois gumes” que ora opera como dominação, ora como resistência no contexto da ordem estabelecida. (ORTNER, 2007, pp. 56-59). Desse modo se pode compreender, nos aspectos político e sociológico, mesmo em plena vigência da escravidão, que “[...] os quilombolas constituíram-se em focos de resistência ameaçadores para os fazendeiros e proprietários de escravos em geral.” (GOMES, 2006, p. 60).

Nesse sentido é preciso lançar o olhar para a trajetória histórica dos quilombos de um modo que se consiga compreendê-los como resultados das variadas formas de luta pela liberdade empreendida pelos seus constituintes e não como um reduto de fugitivos, apenas, mas como espaços pensados em termos de projetos de família, de vida comum, de resistência e negação ao domínio senhorial e de confrontação à ordem vigente, como agente desestabilizador. A abordagem inserindo-os nos processos transformativos de suas realidades

⁴³ “[...] assim sendo, assume-se que todos os atores sociais “têm” agência, mas a ideia de atores como sempre envolvidos com outros na operação dos jogos sérios visa a tornar praticamente impossível imaginar-se que o agente é livre ou que é um indivíduo que age sem restrições.”. (ORTNER, 2007, p. 47, grifos da autora).

possibilita entender deslocamentos e mudanças de perspectivas das lutas quilombolas, quando no curso desses processos são percebidas as mudanças resultantes de uma relação forte e de dinamismo transformador, tanto entre os atores envolvidos no processo de dominação, quanto nas “estruturas da sociedade, da cultura e da história.”. (ORTNER, 2007, p. 50).

A partir das transformações e ressignificações das lutas quilombolas é que se caminha para a compreensão da luta pelo acesso a terra como mais um dos elementos que integram o conceito de quilombo, pelo que já nos anos próximos que antecederam a abolição esses grupos “[...] sonhavam com a terra e com a emancipação, agiram em função desses sonhos e mudaram o rumo da própria vida.”. (GOMES, 2006, p.306). Nesse sentido:

Para além dos “desvãos da história”, os quilombos no Brasil representaram uma longa e permanente história de liberdade. Sem anacronismo, podemos procurar hoje nas lutas sociais no meio rural uma das faces do seu legado. Há muitas outras faces. Não vamos descrevê-las todas aqui. Com ou sem “embriões de uma luta social maior”, ou apenas comovendo “os pósteros” ou criando “símbolos” - para além daqueles matemáticos de um capitalismo tardio, supostamente inexorável -, as experiências dos quilombos e outras tantas não terminaram com o fim jurídico da escravidão, mas permaneceram na longa duração da pós-emancipação, de um lado na luta pelo acesso à terra, contra os senhores da terra, e, de outro, na fuga da proletarianização dos camponeses diante das políticas públicas republicanas. (GOMES, 2006, p. 313, grifos do autor).

Percebe-se que a realidade histórica dos quilombos se apresenta em experiências múltiplas e com caráter de continuidade podendo-se concluir que esses grupos ressignificaram e adaptaram as suas lutas e projetos de liberdade a partir dos contextos em que estavam inseridos, acompanhando também as transformações percebidas nas estruturas da ordem vigente. Longe de representar um conceito de definições rígidas para essas experiências que são os quilombos as perspectivas conceituais histórica, cultural e de resistência são importantes por contribuírem com políticas de reconhecimento destinadas a encerrarem processos de subordinação social desses grupos, mas há o acesso à terra que precisa ser agregado ao conceito em estudo, o que se pretende fazer nas linhas seguintes.

2.2 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE 1988: AS SOMBRAS DO PARADIGMA REPRESSOR

Mais de duzentos e quarenta anos após a previsão jurídica criminalizante das ações de liberdade empreendidas pelos quilombolas desponta, com a promulgação da Constituição de 1988, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias estabelecendo que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”. (BRASIL, 2017). Apesar de a novidade redacional apontar para a concessão de direitos ao

invés de repressão, a redação do artigo representa uma concepção do quilombo como algo que restou e que ocorreu no passado, sendo que da sua leitura não se compreende de pronto o alcance para o que “idealmente teria sobrevivido” dessas experiências. (ALMEIDA, 2002, pp. 53-54).

Os processos que antecederam a redação do art. 68 do ADCT demonstraram outro aspecto de ressemantização do conceito de quilombo que emerge nos anos do decênio de 1980 no contexto dos “primeiros estudos antropológicos sobre comunidades negras rurais.” Estes estudos colocavam em questionamento a perspectiva metafórica lançada sobre os quilombos, herança de percepções essencializadas, a partir do que foi visto no item anterior. Tentava-se incluir uma nova categoria como forma de distanciamento da ideia de grupamentos negros isolados e até da categoria quilombos, mesmo que a categoria comunidades negras, de certa forma, pudesse incluir esses aspectos de isolamento histórico e grupamentos negros. (ARRUTI, 2008, p. 322).

Em relação ao art. 68 do ADCT, o Deputado Carlos Alberto Caó propusera, inicialmente, a redação no seguinte sentido: “Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de Quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos Quilombos no Brasil.” A justificativa era de inserção do negro efetivamente na participação da vida política como cidadão. (BRASIL, 2017).

Já na Convenção Nacional pela Constituinte o Movimento Negro propusera, indiretamente, a inserção, na nova constituição, do direito de titulação das terras e redige o seguinte excerto no art. IX item 2: “Será garantido o título de propriedade da terra às Comunidades Negras remanescentes de quilombos, quer no meio urbano ou rural”, o que demonstra que a categoria comunidades negras estava na pauta de preocupações no que se referia aos direitos de acesso à terra dos quilombolas. (MOVIMENTO NEGRO, 1986).

De um lado tinha-se uma ideia de que a previsão constitucional sobre esse direito traduzisse um dever de reparação dos danos resultantes do processo de escravização e por uma abolição que significou apenas a liberdade física, desacompanhada, portanto, de qualquer política compensatória, como, por exemplo, garantia de acesso a terra. De outro lado havia grande preocupação por alguns agentes de que tal previsão constitucional provocaria mais discriminações propiciando um tipo de *apartheid* no Brasil, invocando para isso a noção da integração de todos os povos pertencentes à nação, conforme se pode ver no quadro histórico do art. 68 do ADCT. (BRASIL, 2017).

O fato é que à época da promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 o texto final trazia uma redação mais sucinta omitindo a categoria comunidades negras e inscrevendo a expressão remanescentes das comunidades dos quilombos que, por sinal, traria mais dúvidas interpretativas a respeito de quem seriam esses remanescentes dando espaço àquelas interpretações que “insistem em não reconhecer o caráter coletivo do novo dispositivo de direito assim estabelecido”. Observa-se ainda que a proposta inicial que compreendia o tombamento das documentações relacionadas à história nacional dos quilombos, conforme se vê na proposta do Deputado Carlos Caó é deslocada para os arts. 215 e 216 da Constituição de 1988, passando a integrar a seção da cultura, fazendo com que a parte referente aos problemas fundiários restasse confinada na seção transitória. Isso significa que foi demarcado o “campo da cultura como o limite do reconhecimento público e político da “questão negra”” e a titulação da propriedade limitada no tempo. (ARRUTI, 2008, p. 323, grifos do autor).

Assim, o art. 68 do ADCT, longe de trazer uma definição atualizada de quilombo representa e suscita mais dúvidas a respeito do tema por não ter sido elaborado de uma forma clara no que toca aos seus “possíveis desdobramentos práticos da constitucionalização do termo na forma de demandas fundiárias.”. Trata-se, portanto, de um artigo que traz muitas indefinições e representações históricas passadas dos quilombolas, o que reverbera nas dificuldades de sua aplicação e ao mesmo tempo impulsiona para novas análises sobre os sujeitos destinatários do direito à propriedade. (ARRUTI, 2008, p. 322).

Nesse ponto, é preciso pensar que há uma relação de comprometimento ou de continuidade entre aqueles níveis de ressemantizações apresentados que “estabelecem uma espécie de genealogia para o art. 68” traduzindo a concepção de quilombo tanto como o símbolo da resistência negra, estabelecendo a genealogia enquanto “razão de afirmação”, quanto como o resultado dos abusos históricos em relação a esses povos, estabelecendo a genealogia enquanto “razão de reparação.”. Compreende-se que a condições e possibilidades de efetivação do artigo ancora-se mais nas razões de reparação que, por sua vez, é independente das razões de afirmação. (ARRUTI, 2008, p. 323-324).

Nesse sentido é que após a Constituição de 1988 ocorre uma retomada das mobilizações dos camponeses ante as discordâncias em relação ao aspecto “restritivo e limitante” do art. 68 que rompe com um silêncio normativo desde 1888, quando se deu por extintos os quilombos, mas sem definições claras sobre o direito a terra destinada aos quilombolas. No contexto dessas lutas destacam-se a publicização do “fator étnico como um componente dos critérios políticos-organizativos” entre os questionamentos, pois era preciso

estabelecer qual era a adequada conceituação de quilombo dentre as diversas em jogo, pelo que não se poderiam aceitar definições classificatórias que são de início, arbitrárias. (ALMEIDA, 2002, p. 46).

Portanto, nesse contexto são retomadas as discussões sobre os elementos que não aparecem no conceito repressivo colonial de quilombo, como, por exemplo, a “roça”, as “benfeitorias” existentes e as unidades familiares presentes nesses espaços. Esses elementos eram de conhecimento dos governos, porém sistematicamente negados como forma de legitimá-los como criminosos e vadios que negavam o valor e a prática do trabalho. Há registros que demonstram a existência de “áreas de cultivo e outras benfeitorias dos quilombolas”, como, por exemplo, ocorreu no Maranhão com o afugentamento dos quilombolas pelas tropas militares, sendo que “dentro da casa de um quilombola afugentado” era colocado um “cearense recém-migrado” que passava a “[...] usar o mesmo pilão, o mesmo poço, a mesma roça, os mesmos caminhos que levavam às atividades extrativas na mata.”. (ALMEIDA, 2002, pp. 49-50).

Especificamente quanto a presença de famílias nos quilombos, observa-se que estas expressavam sistemas produtivos particulares, sendo responsáveis pelo processo de condução de um acamponesamento que, por sua vez, significou processos de “desagregação das fazendas de algodão e cana-de-açúcar” com clara interferência “no poder de coerção dos grandes proprietários territoriais”, sendo que esse modo de produção familiar relaciona-se com as variações acerca do conceito de quilombo. (ALMEIDA, 2002, p. 51).

Necessita-se, pois, de um deslocamento nas discussões sobre os quilombos para destinar ênfase no que eles são hoje, na atualidade, e não no que ele foi, para que se possa recuperar como o autocontrole produtivo baseado na família fora se consolidando no decorrer da história, o que implica “corte nos instrumentos conceituais necessários” para uma concepção distinta dessas experiências, não se podendo mais “trabalhar com uma categoria histórica acrítica”, tampouco com o conceito jurídico-formal do Brasil colônia. (ALMEIDA, 2002, pp. 53-54).

Assim, a crítica à constituição do quilombo por fugitivos reaparece novamente, porque incrustada no imaginário da literatura nacional que insiste em atribuir aos quilombolas a façanha heroica de resistência à escravidão com base na negação ao trabalho, pelo que:

A ênfase é sempre dirigida ao quilombola considerado como escravo fugido e bem longe dos domínios das grandes propriedades. Ora, segundo a ruptura antes sublinhada, houve escravo que não fugiu, que permaneceu autônomo dentro da esfera da grande propriedade e com atribuições diversas; houve aquele que sonhou

em fugir e não conseguiu fazê-lo; houve aquele que fugiu e foi recapturado; e houve esse que não pôde fugir porque ajudou os outros a fugirem e o seu papel era ficar. Todos eles, entretanto, se reportavam direta ou indiretamente aos quilombos. Teríamos, pois, várias situações sociais a serem contempladas, e o próprio art. 68 é interpretado como discriminatório também sob esse aspecto, porquanto tenta reparar apenas parcial e incidentalmente uma injustiça histórica e reconhecer de maneira restrita um direito essencial. Ao fazê-lo, restringe o conceito a uma única situação, ou seja, a dos “remanescentes” na condição de “fugitivos” e de “distantes”. (ALMEIDA, 2002, pp. 61-62).

Uma ampliação do conceito, desse modo, serve para abarcar as situações das chamadas terras de preto, terras de santo, as chamadas “áreas de herança, garantidas pelos direitos de sucessão, mas usurpadas e griladas”, as denominadas comunidades negras camponesas, além de outras experiências que certamente poderiam ser incluídas na concepção contemporânea de quilombo. Para isso, impõe-se o desprendimento de concepções “frigorificadas” conceituadas por definições historicistas ou definições amparadas apenas na arqueologia, uma vez que estas operam como uma espécie de “camisa-de-força” aprisionando a perspectiva cognitiva ao paradigma jurídico colonial, imperial e até mesmo ao paradigma republicano que pela omissão jurídica expressava a ideia de que o problema havia acabado com abolição. (ALMEIDA, 2002, pp. 45-63).

Na verdade essa pretensa ideia de que os quilombos haveriam sido extintos, razão para a omissão de 100 anos contados a partir de maio de 1888, mascara a continuidade racista predominante nas estruturas sociais no sentido de que grande parte das historiografias produzidas, amparadas em mobilizações abolicionistas abordavam o quilombo assente nos “paradigmas de raça inferior e raça superior” e mesmo nos estudos mais contemporâneos da década de 70 ou 80 ainda se insistia na manutenção de uma abordagem racista ao impregnarem o sentido de quilombo enquanto “sobrevivências”, como uma “forma bárbara de afirmação pela força das armas” somada ao “desrespeito às autoridades constituídas”, demonstrando a perspectiva eurocêntrica que opõe o bárbaro e o civilizado. Essa abordagem se mostra de difícil abandono até mesmo na atualidade e informa, inclusive, algumas interpretações do art. 68, o que desperta para o entendimento das dificuldades de compreender as diversas “situações sociais que hoje são entendidas como quilombo.”. (ALMEIDA, 2002, pp. 66-67).

O que está em voga nas disputas interpretativas acerca do art. 68 do ADCT relaciona-se a um direito à terra por justificativas culturais e outra por justificativas de direito de propriedade, de base agrária mesmo. As perspectivas históricas clássicas dão sustentação à primeira corrente, enquanto as concepções contemporâneas constroem sustentação para a segunda corrente, pelo que se pode afirmar que as duas genealogias do art. 68 do ADCT,

identificadas a partir das trajetórias de ressemantizações do conceito de quilombo, relacionam-se a dois movimentos políticos, bem como a duas correntes ideológicas, a primeira relacionada “à luta contra o preconceito racial” e a segunda “à luta pela implementação de uma ampla reforma agrária.”. Nesse sentido não se pode afirmar uma oposição entre essas distintas formas de concepção do quilombo e sim algumas tensões e desentendimentos em razão de se estabelecerem os debates com centralidade em uma ou outra. (ARRUTI, 2008, p. 326).

Essas diferentes percepções ideológicas sobre o art. 68 irão aparecer, do mesmo modo, nas ações governamentais destinadas à sua implementação na esfera administrativa e começam no âmbito da Fundação Cultural Palmares (FCP) ⁴⁴ que elabora uma proposta de definição de quilombos com vistas a subsidiar futuros trabalhos de identificação, pelo que “[...] quilombos são os sítios historicamente ocupados por negros que tenham resíduos arqueológicos de sua presença, inclusive as áreas ocupadas ainda hoje por seus descendentes, com conteúdos etnográficos e culturais.”. (Revista Isto É, 20/06/1990, p. 34 *apud* Arruti, 2008, p. 326). Nem é preciso descer a maiores detalhes para perceber a predominância da perspectiva historicista e de matriz arqueológica que se desenhava para a questão do art. 68 do ADCT. Ao se tentar efetivar trabalhos amparados nessa noção, também adotada pelo movimento negro, evidenciou-se a sua inviabilidade prática diante das “demandas sociais efetivamente apresentadas.”. (ARRUTI, 2008, p. 327).

2.3 É PRECISO CONCEITUAR OLHANDO PARA O PRESENTE: O *STATUS* DE ETNIA DOS POVOS QUILOMBOLAS

Diante da necessidade de superação do conceito de base cognitiva colonial, elaborado pela FCP, desponta a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) que elaborou novo conceito em 1994. O documento da ABA introduz a questão sem a intenção de trazer um conceito formal para quilombo, mas recupera que o termo tem se revestido de significados mais novos, tanto na literatura, quanto para as pessoas, os grupos e as organizações. Reconhece a presença de um conteúdo histórico, mas que mesmo este tem sofrido sucessivas ressemantizações “[...] para designar a situação presente dos segmentos negros em diferentes regiões e contextos do Brasil.”. (ASSOCIAÇÃO ..., 1994).

O significado da categoria remanescente de quilombo aparece como o resultado de um trabalho de agentes diversos pelo que designa “[...] um legado, uma herança cultural e

⁴⁴ Fundada em 22 de agosto de 1988.

material que lhes confere uma referência presencial no sentimento de ser e pertencer a um lugar e a um grupo específico.”. As noções arqueológicas de quilombo são afastadas, assim como as concepções de grupos isolados e homogeneidade das pessoas que o constitui. (ASSOCIAÇÃO ..., 1994). A constituição do quilombo tendo como referência necessária uma história comum e o compartilhamento de valores e vivências também é afastada, sendo que a noção de quilombo como grupos étnicos desponta como a categoria mais adequada para apreender números maiores de realidades.

O conceito de territorialidade desponta como aplicável aos quilombolas e é descrita como a ocupação com predominância de uso comum dos espaços territoriais e não a ocupação loteada, o que significa que a utilização é caracterizada por diferentes formas ora assentes em relações de parentesco e vizinhança, ora em relações marcadas pela solidariedade e reciprocidade. E por fim fica estabelecida a atribuição da referida associação para indicar peritos para a elaboração dos laudos antropológicos quando necessário para apreender essas experiências sociais. (ASSOCIAÇÃO..., 1994).

Da leitura do documento da ABA veem-se descrições mais abertas do que são os quilombos e uma postura diferente, não voltada a uma redução formal-científica. A associação já assimilara a necessidade de descolonização do conceito, fixando alguns dos principais elementos integradores da concepção, orientando para uma postura de verificações periciais ao invés de arqueológicas, a fim de não incorrer em exclusões de realidades interessadas em se apropriarem da categoria jurídica quilombo, estabelecida no art. 68 do ADCT. Assim, diante a abertura do conceito empreendido pela ABA importante discorrer com José Maurício Arruti os três principais modelos contidos no novo conceito de quilombo, quais sejam remanescentes, territorialidade e etnicidade. (2008, pp. 326-332).

A inserção do elemento remanescente no art. 68 do ADCT não fora despropositado, mas demonstra que a terminologia utilizada na legislação intencionava descrever situação semelhante à “das comunidades indígenas marcadas pelo fenômeno das etnogêneses”⁴⁵, inclusive utilizadas pelos agentes na política, na burocracia administrativa e na Justiça, o que leva a refletir sobre a representação do tema quilombos nas instituições estatais a partir de uma intuição prática. A ideia aqui, também identificada nos “processos de emergências das

⁴⁵ “Um dos elementos centrais em sua caracterização é a valorização de tradições e de uma autenticidade, que nos colocariam justamente o problema da existência e reprodução de elementos de cultura de grupos dominados sob formas muitas vezes inteiramente ignoradas pelas tradições e saberes dominantes no âmbito da nação ou da região e, só por isso, dadas como inexistentes.” (ARRUTI, 1995, p. 86).

lutas indígenas” é a procura por “sinais externos” objetivos que caracterizariam ou não as comunidades. (ARRUTI, 2008, p. 327).

A redação do art. 68 do ADCT sugere de uma primeira leitura a mesma postura em relação aos quilombolas no sentido de que sua previsão “[...] surge para resolver a difícil relação de continuidade e descontinuidade com o passado histórico, em que a descendência não parece ser um laço suficiente.”. (ARRUTI, 2008, p. 326). A ideia seria olhar para uma comunidade quilombola do presente e encontrar nela vestígios e traços de um passado.

Todavia é possível recuperar um sentido atualizado do conceito quando se lê que aos remanescentes das comunidades se percebe se tratar não mais de localizar reminiscências de tradicionais quilombos, como, por exemplo, documentos e resíduos de antigas senzalas, mas trata-se de compreender as comunidades tendo em vista as ressignificações por que passou o conceito até a elaboração pela ABA. Assim, quilombos são grupos que na vida cotidiana estão em processo de organização política com vistas à garantir direitos culturais e territoriais e reivindicam essa nomeação pelo Estado. (ARRUTI, 2008, pp. 327-328).

O segundo elemento do conceito contemporâneo de quilombo são as referências às terras de uso comum. Essa categoria surge a partir dos estudos antropológicos nas comunidades negras rurais que evidenciaram uma territorialidade característica presente nessas comunidades em contextos históricos e geográficos distintos vivenciados por elas. (ARRUTI, 2008, p. 328). Essas terras de uso comunal são ocupações especiais que não estão relacionadas necessariamente a “[...] terras coletivas, no sentido de intervenções deliberadas de aparatos de poder, nem a “terras comunais”, no sentido emprestado pela feudalidade.”. (ALMEIDA, 2002, p. 45).

O sentido sociológico compreendido no conceito de territorialidade atribui o uso e ocupação mais comunal que individual das terras e demonstram que os limites são percebidos mais em função de vínculos sociais que formais. Do mesmo modo, o que origina o acesso a essas terras comuns é um mesmo fator de impedimento do “acesso do solo aos ex-escravos”, na ótica do modelo abolicionista que se desenhava desde a edição da lei que aboliu o tráfico negreiro e com a da Lei de Terras, ambas de 1850. A abolição não contemplaria a posse e propriedade a ex-escravos, ao contrário deveria ser negado até porque a população negra nesse contexto já começava ser vista como uma abundante mão-de-obra barata que asseguraria uma continuidade de enriquecimento para a elite agrária. (GADELHA, 1989, p. 161).

Conforme já visto, as origens dessas ocupações comunais são diversas, como, por exemplo, as “concessões feitas pelo Estado em retribuição a prestação de serviços guerreiros”, terras de herança, permissão de permanência de familiares de antigos escravos pela perda do poder dominação do grande proprietário, além de outras formas. O importante é que a categoria terras de uso comum opera uma simplificação sociológica que passa a servir como base para trazer à tona uma questão comum referente ao desrespeito semelhante que as originaram. Dessa forma, a categoria tem a função de comportar uma “grande variedade de casos empíricos.”. (ARRUTI, 2008, pp. 329-330).

Ademais, as consequências mais importantes dessa simplificação sociológica são primeiro a ressignificação do termo quilombo desvinculando-o do sentido repressivo atribuído pela ordem colonial e imperial e ainda na identificação de situações sociais que ficaram ignoradas pela poder público e, segundo, permite aos seus integrantes somarem um sentido histórico às formações sociais de uso comum, pelo que:

[...] a categoria contemporânea de quilombos passa a estar associada à redução sociológica das denominações locais sob a categoria analítica de terras de uso comum. A categoria normativa, fruto da ressemantização da categoria histórica exige, por sua vez, a ressemantização das categorias nativas. (ARRUTI, 2008, p. 330).

A etnicidade aparece como o terceiro elemento do conceito de quilombo atualmente. (ARRUTI, 2008, p. 330). Consiste em síntese na abordagem da “[...] identidade⁴⁶ étnica como uma característica da organização social mais como uma nebulosa expressão de cultura⁴⁷.”. Nesse sentido, é uma questão relacionada a agrupamentos sociais assentes em processos organizativos sociais de diferenças culturais. (BARTH, 2003, p. 20).

Segundo Fredrik Barth os estudos fundamentados na etnicidade colocam em destaque “[...] a fronteira e os processos de recrutamento e não a matéria cultural que a fronteira comporta.”. Fazendo assim, destina-se prioridade, ao se analisar grupos étnicos, aos fluxos processuais da preservação e permanência de fronteiras e a partir disso verifica-se que estes grupos e “[...] suas características são produzidos em circunstâncias particulares, tanto interacionais, como históricas, econômicas e políticas” evidenciando processos predominantemente “situacionais e não primordiais.”. (BARTH, 2003, p. 20).

⁴⁶ “O mesmo é certamente verdade a respeito do nosso sentimento de identidade: embora não o inventemos, só o podemos desenvolver ao agir no mundo e interagir com os outros.” (BARTH, 2003, p. 23).

⁴⁷ “Estamos atualmente cientes de que a variação global e empírica na cultura é contínua, não se dividindo claramente em todos separáveis e integrados. Em qualquer população que decidamos observar, descobriremos que esta se encontra num fluxo, sendo contraditória e incoerente, e que se encontra distribuída de forma diferente por várias pessoas posicionadas de diversas formas.” (BARTH, 2002, p. 22).

A noção de identidade étnica liga-se ao sentimento de pertença individual ao grupo, sendo que a adesão ocorrerá voluntariamente por autoatribuição, sendo necessário, também, o reconhecimento do grupo. Há uma espécie de constrangimento para que o indivíduo aja pela etnicidade e a experiência e isso é fator essencial para a sua compreensão como propulsora e mantenedora “da diferença organizacional.”. Já quanto às diferenciações culturais, que possuem significado basilar para a etnicidade, não se deverá levar em consideração as ideias do pesquisador sobre esse ou aquele grupo cultural, mas as diferenças que “[...] as próprias pessoas utilizam para marcar a distinção, a fronteira.”. Não menos importante é a responsabilidade empresarial dos grupos étnicos que expressa o modo como “[...] as políticas étnicas e a forma como a mobilização de grupos étnicos na ação coletiva” tem como protagonistas lideranças⁴⁸ que empreendem uma trajetória política das lutas, não traduzindo necessariamente determinado pensamento ideológico de raiz cultural do grupo ou o desejo e vontade dos integrantes. (BARTH, 2002, p. 21).

As principais questões sobre a etnicidade dizem respeito sobre como os próprios grupos percebem as suas diferenças em relação a outros grupos ou à sociedade nacional, uma vez que “as relações étnicas e a construção de fronteiras” ocorrem nas sociedades chamadas multiculturais, não incidindo sobre agrupamentos estrangeiros, mas sobre aqueles considerados adjacentes ou familiares, sendo que, em síntese, as relações interétnicas “envolvem co-residentes em sistemas sociais abrangentes.”. (BARTH, 2002, p. 22).

Nesse sentido a organização das diferenças culturais para moldar realidades étnicas ampara-se na procura de “processos que suportam descontinuidades” no fluxo cultural, sendo que descontinuidades proporcionam “uma base para a identidade étnica.” Isso implica, primeiro, observar a oscilação da cultura na população etnicamente plural e, segundo, identificar os processos que criam e fazem visíveis “as grandes descontinuidades no seu interior.”. (BARTH, 2002, p. 25).

No aspecto da variação cultural em uma sociedade plural um dos mais importantes motores da etnicidade desponta na possibilidade de agrupamento das pessoas por meio da “criação da aparência da descontinuidade” a partir da eleição e adoção de “alguns diacríticos”⁴⁹ contrastantes.”. Assim uma “[...] comunidade imaginada é promovida ao tornarem-se alguns desses diacríticos altamente visíveis e simbólicos”, como resultado de um trabalho conjunto

⁴⁸ Para um aprofundamento prático ver: SILVA, Sandro José da. **Do fundo daqui**: luta política e identidade quilombola no Espírito Santo. 2012. 342 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

⁴⁹ Distinção; diferenças.

de constituição de fronteira empreendido por integrantes de agrupamentos em contraste com desigualdade de poderes na imposição e transformação das linguagens consideradas relevantes. (BARTH, 2002, p. 25).

Quanto à identificação de processos que dão visibilidade a alguma descontinuidade dentro de sociedades plurais, tem-se que ocorre quando integrantes de grupos “[...] convergem em comportamento e estilo devido a um código ou valor largamente partilhado em relação ao qual tentam exceder-se.”. Esse processo de rupturas descontínuas repita-se, acontecem no interior de fluxos culturais em contínua variação, pelo que representam processos de disputas por recursos. (BARTH, pp. 26-28).

Essas competições por recursos, hodiernamente, acontecem de modo predominante no interior dos Estados, sendo que todos os fluxos processuais étnicos precisam ser compreendidos ligados às suas estruturas, da variante específica representada pela “sociedade civil, industrial e democrática.”. Isso porque o Estado organiza e distribui uma vastidão de recursos materiais, além de lidar diretamente “[...] com grupos e categorias de pessoas, regulamentando as suas vidas e os seus movimentos.”. (BARTH, 2002, p. 29).

Nesse sentido, torna-se cada vez mais comum, grupos sociais, a exemplo dos povos quilombolas, se organizarem perante os Estados para exigirem acesso a direitos, ao passo que se percebe um agir estatal voltado à distribuição arbitrária ou à negação dos recursos dispostos em campo, gerando, conseqüentemente, agrupamentos específicos que se mobilizarão a partir de uma autoconsciência coletiva, com a apropriação de categorias jurídicas existentes. Dessa forma, o Estado, compreendido como um ator⁵⁰ é responsável por criar, não raro, desigualdades “[...] categoriais no campo da variação cultural contínua e, como tal, os tipos de grupos que, de acordo com a teoria mais restrita, são supostamente contrários a estas estruturas estatais.”. (BARTH, pp. 29-30).

Todo esse processo complexo de marcação de fronteiras étnicas, como já é possível perceber, não ocorre de forma isolada no interior de determinado grupo, sendo que esse esforço imaginativo essencializa demasiadamente a organização grupal assente no ideal de cultura, naquele sentido compartimentado. Isso conduz à visão reificada⁵¹ dos grupos étnicos

⁵⁰ “Poderemos, então, apresentar o poder representado pelo Estado como um terceiro agente que pode ser nomeado no processo da construção de fronteiras entre grupos, em vez de confundirmos o regime, os seus poderes e interesses, com os conceitos menos claros de Estado e Nação.” (BARTH, 2002, p. 30).

⁵¹ “As ideias básicas não são fáceis de identificar e usar, e as pessoas e os movimentos que tentamos compreender tornam-nos a tarefa mais difícil devido às suas próprias reificações destas vastas categorias sociais

que, por sua vez, constroem suas fronteiras de diferenças na relação com outros grupos e/ou em relação com a sociedade envolvente, organizando, também diferenças culturais internas aos próprios grupos.

Fredrik Barth estrutura analiticamente o processo de construção das identidades em três planos denominados micro, médio e macro que se relacionam entre si. O primeiro destina-se ao estudo sobre “pessoas e interações interpessoais”, volta-se o olhar para a arena em que estão dispostos valores e símbolos que contribuirão para a formação da “consciência que a pessoa tem de identidade étnica.”. É nesse nível que são gerados os pilares fundantes e as perplexidades que refletirão nos outros níveis. Já o segundo plano de construção da identidade aponta para os fluxos processuais “que criam coletividades e mobilizam grupos”, sendo que cada um destes níveis terão sua particular dinâmica de funcionalidade que emerge das exigências para a manutenção dos grupos, “para a liderança e ideologia.”. (2002, p. 31).

Trata-se do campo da empresa, dos líderes, bem como do discurso e da retórica em que os “estereótipos são estabelecidos e as coletividades postas em movimento.”. Dessa forma o nível médio representa uma dinâmica de constrangimentos aos membros do grupo no nível micro no contexto de marcação das fronteiras étnicas. Os membros que assumem o papel de liderança ou porta-vozes⁵² das coletividades assumem um tipo de mediação entre o grupo étnico no nível micro e outras agências, no nível macro, sejam elas estatais ou não governamentais. (BARTH, 2002, p. 31).

O nível macro, terceiro nível processual implicado na formação de identidades, é o contexto das políticas de Estado em que as “ideologias são articuladas e impostas”, como, por exemplo, a ideologia nacionalista que quase sempre invisibiliza “algumas das identidades que surgem da etnicidade.”. As ações estatais, para tanto, se valem de diversos instrumentos à disposição da máquina administrativa, estabelecendo estruturas legais burocráticas para a distribuição de direitos, bem como instituindo vedações através da forma, do uso exclusivo e arbitrário da força, dentre outras. É nesse nível que ocorre o “controle e a manipulação da informação e do discurso públicos”, bem como aparecem outros tipos de organizações não governamentais, internacionais, nacionais ou transnacionais que às vezes reorganizam e articulam interesses no segundo nível. (BARTH, 2002, p. 32).

constituídas como grupos étnicos: imaginando-os, atribuindo-lhe propriedades, homogeneizando-os e essencializando-os.” (BARTH, 2002, p. 22).

⁵² Nesse sentido uma etnografia centrada na atuação de porta-vozes de Comunidades Quilombolas no Sapê do Norte: SILVA, Sandro José da. **Do fundo daqui: luta política e identidade quilombola no Espírito Santo**. 2012. 342 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

Desse modo, a inserção da etnicidade pela ABA ao tema quilombola opera como uma rearticulação conceitual e política ao destacar os processos relacionais interétnicos como centrais nas análises pertinentes, provocando, igualmente, o deslizamento dos significados atribuídos a quilombos e quilombolas, notadamente os assentes na ideia de “[...] raça e classe social, para as bordas do campo científico da etnicidade e das fronteiras étnicas.” (SILVA, 2012, p. 27). Nessa perspectiva, a temática quilombola pode ser concebida como agentes presentes na arena social que objetivam encontrar de modos diferentes “[...] respostas sobre o que é a justiça, o que é a liberdade, sobre quais as condições de possibilidade” para a saída do estado de subordinação social não efetivada com a abolição e “[...] como as identidades étnicas são formuladas a partir das identidades racializadas.” (SILVA, 2012, p. 43).

Portanto, o terceiro elemento do conceito de quilombo permite o estudo dos fluxos processuais, social e simbólico, vivenciados pela população negra, especialmente os quilombolas que se organizaram no contexto próximo a abolição da escravidão. No mesmo sentido orienta para a união de perspectivas diferentes sobre os quilombos (comunidades negras ou resistência cultural) em torno de formações de unidades político-organizativas, pelo que a noção de etnicidade transforma⁵³, também, o conceito de quilombo apontando para “[...] grupos sociais produzidos em decorrência de conflitos fundiários localizados e datados, ligados à dissolução das formas de organização do sistema escravista”, o que confere atualidade para o conceito que vinha sendo construído amparado nas noções de desafricanização, desculturação, desistoricização. (ARRUTI, 2008, pp. 330-332).

2.4 NOVO CONCEITO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO ESTATAL DOS DIREITOS QUILOMBOLAS: AUTODETERMINAÇÃO E ACESSO A TERRA

No plano legislativo, assimilando em parte o conceito antropológico de quilombo, uma primeira tentativa de efetivação do art. 68 é empreendida por meio do Projeto de Lei n.º 3.207 de 1997 que propusera o procedimento de regulamentação da propriedade imobiliária aos remanescentes das comunidades dos quilombos, atribuindo em seu art. 3º a competência à FCP para a discriminação e delimitação administrativa das terras. De sua leitura percebe-se o caráter de urgência em se titular as terras identificadas como quilombos em cumprimento ao comando constitucional transitório, bem como o amparo nas noções historicistas do

⁵³ “O deslocamento da noção de cultura para a de etnia permitiu o deslocamento da “consciência negra” para a etnicidade, teoricamente destituída de qualquer substância cultural, histórica ou racial.” (ARRUTI, 2008, p. 332, grifos do autor).

quilombo, evidenciando que a atualização do tema nos aparelhos estatais não se mostraria uma tarefa fácil. (BRASIL, 2018).

De qualquer modo, vê-se que a concepção fundiária do quilombo, oriundas dos debates sobre o art. 68 do ADCT, possivelmente ingressaria na legislação infraconstitucional, haja vista a natureza imobiliária dispensada aos quilombos, pelo que despontava como um importante projeto que se aprovado contemplaria as comunidades. O referido projeto de lei contempla as dúvidas, incertezas e disputas em torno do conceito de quilombo, mas com uma clara proposta de atualização englobando os paradigmas da remanescente, terras de uso comum e etnicidade, todavia agora num plano estatal de tentativa de implementação dos direitos relacionados. (BRASIL, 2018).

No âmbito da Administração Pública Federal, plano da execução do comando constitucional do art. 68 do ADCT, havia uma disputa entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e a FCP sobre quais das duas agências seriam responsáveis pelo novo objeto político e administrativo, sendo esta polarização resultado dos conflitos no plano ideológico sobre o conceito de quilombo com centralidade na cultura ou nas questões fundiárias. Nesse contexto, da década de 90, o INCRA já havia dado início a procedimentos para a regularização de terras tradicionais, bem como “[...] criado um programa especial dedicado ao desenvolvimento de projetos agrícolas e extrativistas em algumas comunidades” das regiões Norte e Nordeste mesmo que não fossem ainda reconhecidas oficialmente como quilombos. (ARRUTI, 2008, p. 333).

De outro lado, a FCP, devido a ausência de uma regulamentação clara sobre a efetivação do direito, não lograva êxito procedimentalizar os caminhos necessários para a regularização de natureza fundiária definitiva se limitando a exercer as atribuições de reconhecimento estatal das comunidades como sendo ou não remanescente de quilombo. A hipótese de um trabalho integrado fora aventada por um agente do INCRA em um evento realizado pela FCP, no sentido de compreender a regularização fundiária das terras quilombolas como uma espécie de “reforma agrária especial”, que contemplaria a adaptação de normas procedimentais aplicáveis para a reforma agrária com a noção de preservação e recuperação cultural. (ARRUTI, 2008, p. 334).

Mas ações da Presidência da República, no ano de 2001, destinar-se-iam a por fim aos debates e controvérsias tanto no âmbito legislativo, num contexto em que o Projeto de Lei n.º 3.207 de 1997 seguia um curso favorável à aprovação no Congresso Nacional, quanto no administrativo em que agência do INCRA sinalizava para a efetivação direta do art. 68 do

ADCT, inclusive propondo parceria junto à FCP para implementá-lo de uma forma abrangente.

Isso se concretiza com a alteração, pela Medida Provisória n.º 2.216 de 31 de agosto de 2001, da Lei n.º 7.688 de 1988 que institui a FCP, especificamente no seu art. 2º, ao atribuir competência a esta fundação para realizar a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e a concessão do respectivo título às comunidades quilombolas. (BRASIL, 2018).

A mesma medida provisória altera a Lei n.º 9.649 de 1988 e prevê em seu art. 14, inciso IV, c, a competência do Ministério da Cultura para a aprovação das delimitações e para determinar as demarcações. Contudo as indefinições presentes nas atribuições conferidas iriam para além daquelas relacionadas à identificação das comunidades e dos sujeitos do direito. (BRASIL, 2018).

Agora se está diante de uma ausência de previsão de procedimentos capazes de realmente efetivarem o art. 68 do ADCT, como, por exemplo, a “[...] inexistência de qualquer mecanismo de indenização das propriedades particulares”, porventura sobrepostas a territórios reconhecidos, e a ausência de previsões relacionadas ao registro em cartório do título de propriedade emitido. (ARRUTI, 2008, p. 334).

As ações do governo federal para obstaculizar maiores amplitudes na temática quilombola, que já emergia com força de um novo movimento social, continuaram rapidamente e no início de setembro de 2001 é emitido o Parecer 1.490 da Casa Civil da Presidência da República que reconhece a FCP como a única competente para dar cumprimento ao disposto no art. 68 do ADCT, bem como ressalta a sua incompetência e a do Ministério da Cultura, para efetivarem desapropriações ao alegar que o dispositivo não autorizava a intervenção do Estado na propriedade. Um recado é destinado ao Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e ao INCRA por eventual conduta criminosa ou ímproba traduzida em tentativas de dar cumprimento ao art. 68 do ADCT (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, 2002, pp. 21-26) muito em razão do diálogo entre o INCRA e a Articulação Nacional das Comunidades Remanescentes de Quilombos (ANCRQ) no ano de 1994, para a efetivação do dispositivo. (ARRUTI, 2008, p. 334).

Afora as omissões apontadas capazes de por si só inviabilizarem a implementação do comando constitucional ainda no Parecer n.º 1.490 da Casa Civil da Presidência da República é eleita outra categoria que recupera o sentido do conceito colonial de quilombo, como

comunidades do passado, qual seja, o marco temporal que restringiria a compreensão do direito a terra à posse qualificada⁵⁴ até 1988. O novo cenário que se desenhava rapidamente no âmbito estatal, tanto no legislativo, quanto no executivo, a partir da agência do governo federal, apontava para a rejeição da concepção contemporânea do quilombo como grupos étnicos com territorialidade própria. (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, 2002, pp. 21-26).

Mas a corrida presidencial na tentativa de resolver a questão não se encerraria com a emissão do parecer mencionado, mas com a publicação do Decreto n.º 3.912, de 10 de setembro de 2001, mesma data de emissão daquele parecer que, inclusive, menciona que os argumentos nele expostos subsidiaram os trabalhos do projeto do agora decreto presidencial. Esse decreto traz obstáculos consideráveis para a aplicação do art. 68 do ADCT quando já em seu art. 1º é estabelecido um termo inicial e outro final como condição de existência das comunidades de quilombo que seriam objetos de aplicação do dispositivo constitucional. (BRASIL, 2018).

São dois marcos temporais, um em 1888, conforme o inciso I, em que somente poderia ser reconhecida a propriedade às terras que eram ocupadas por quilombos naquele ano e outro em 5 de outubro de 1988, sendo que este complementa o primeiro, pois aquelas terras ocupadas por quilombos deveriam, na promulgação da Constituição de 1988, estarem ocupadas pelos respectivos remanescentes das comunidades. (BRASIL, 2018).

Dessa forma, o decreto presidencial de 2001 veiculava severa restrição conceitual a respeito de quilombos e quilombolas, imaginando, classificando e delimitando-os à ocupação de espaços rígidos e impondo exigência para que as comunidades remanescentes fizessem prova de uma história de cem anos de posse mansa e pacífica, desde 13 de maio de 1888 até 5 de outubro de 1988. (ARRUTI, 2008, p. 334).

A figura central do governo federal entre os anos de 2001 e 2002 para a definição de como o conceito de quilombo entraria nos Poderes Legislativo e Executivo não param com a edição do Decreto 3.912 de 2001 que a partir de sua edição servirá como um modelo de ato normativo constitucional, que realmente interpreta e efetiva o art. 68 do ADCT. O decreto

⁵⁴ “[...] refere-se ao reconhecimento da posse prolongada, contínua, específica e cum animo domini que as pessoas beneficiadas com a aplicação do art. 68 do ADCT tenham no momento da promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, da ligação entre o adjetivo remanescentes, empregado “para designar coisas ou pessoas que ficam ou que subsistem, após o evento de qualquer fato” (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, Vol. IV, p. 87), e a expressão “ocupando suas terras” surge a ideia de continuidade da posse, transmitida de geração em geração, de forma pacífica e exercida sempre com intenção de dono.” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, 2002, p. 22, grifos do autor).

será mencionado como razão argumentativa na Mensagem n.º 370 de 13 de maio de 2002 em que o então Presidente da República veta integralmente o Projeto de Lei n.º 3.207 de 1997 que findara de modo exitoso ou seu trajeto no legislativo federal. Trata-se do mesmo projeto mencionado linhas acima que no início de sua proposição ainda não observava o conceito contemporâneo de quilombo, mas a sua redação final, como foi aprovada no Congresso Nacional já o previa. (BRASIL, 2018).

No art. 1º do referido projeto estava consagrado o direito de propriedade do território quilombola, compreendido os territórios em habitam os povos, as áreas em que se encontram recursos ambientais, os sítios nos quais se achem reminiscências históricas. O art. 2º consagra como comunidade remanescente de quilombo os grupos étnicos aonde há predominância negra, presentes no território nacional e traz um rol exemplificativo das categorias sociológicas terras de preto, comunidades negras rurais, mocambos e quilombos constituídas por critérios de autoatribuição e, portanto, amplia os diversos tipos de situações sociais do presente que podem apropriar-se da categoria jurídica quilombo para a garantia do direito de propriedade. (BRASIL, 2018).

Já o art. 12 do projeto de lei em comento previa a possibilidade de desapropriação de terras reconhecidas como comunidades quilombolas sendo que: “Em caso de haver títulos hábeis de terceiros incidentes sobre as áreas a que se refere o art. 1º, o órgão competente dará início à ação de desapropriação cabível”, suprimindo as omissões legislativas e administrativas já apontadas anteriormente. (BRASIL, 2018).

As razões do veto presidencial trarão como fundamentação de inconstitucionalidade, além do Decreto n.º 3.912 de 2003, as três categorias do conceito contemporâneo de quilombo já incorporadas no projeto de lei. Nesse sentido, a remanescente das comunidades de quilombo diria respeito aos sujeitos individuais remanescentes, rechaçando a constitucionalidade de um direito coletivo das comunidades, inclusive, impedindo atuação do Ministério Público que tem a prerrogativa constitucional na defesa dos interesses e direitos coletivos (art. 127, caput, c/c art. 129, inciso I, da CR/88).

O marco temporal é bastante enfatizado, no sentido de que o art. 68 do ADCT destina-se a indivíduos que moravam nos quilombos até 1888, bem como continuaram a ocupa-los, ou os remanescentes, depois de 1888 até 5 de outubro de 1988. A interpretação jurídica, nesse aspecto, demonstra a especificidade de como os conceitos são elaborados e interpretados no Direito, pelo que as diferentes formas de se utilizarem categorias novas somente devem

acontecer, na prática, projetando-se para um futuro. Essa perspectiva induz à crença de que o marco temporal é perfeito, mas é critério ilusório de acerto. (TARREGA, 2016, pp. 86-104).

O conceito de etnicidade é considerado inconstitucional ao não se conceber a possibilidade de o art. 2º do projeto de lei destinar aplicação a grupos étnicos autodefinidos a partir dos diacríticos mais gerais relacionados à territorialidade e relações racializadas, bem como seus sinais diacríticos específicos marcadores das fronteiras étnicas de cada grupo, sendo que a diferença de fronteira, no veto, considerada constitucional para a formação da identidade étnica quilombola é a ocupação objetiva e centenária dos territórios que no passado formavam os quilombos. (BRASIL, 2018).

O direito à territorialidade, terceiro conceito impugnado, é apontado como inconstitucional em decorrência do vício de inconstitucionalidade do art. 1º que o prevê, conforme visto, sendo o direito de propriedade destinado apenas aos remanescentes, individualmente. Reforça a pretensa inconstitucionalidade do direito ao território as questões envolvendo a desapropriação, diante de um esforço hermenêutico que reifica as comunidades, recolocando-as rigorosamente no passado. Assim, mais uma vez o marco temporal desponta como solução ótima no sentido de que não há se falar em intervenção do Estado para efetivar a desapropriação em favor de comunidades reconhecidamente quilombolas. Isso porque a propriedade decorreria diretamente do art. 68 do ADCT de duas maneiras: primeiro, pela posse longa, continuada e pacífica que as pessoas beneficiadas tinham no momento da Constituição de 1988, e, segundo, aquelas pessoas deveriam estar ocupando as terras, em referência à locução *que estejam ocupando suas terras*, presente no dispositivo constitucional. (BRASIL, 2018).

Nesse ponto, os argumentos veiculados no veto presidencial defendiam a autoaplicabilidade direta do art. 68 do ADCT ao mesmo tempo em que ocultava a sua impossibilidade prática em razão da rígida classificação conceitual de quilombo amparada, principalmente, na construção formal histórico-jurídica e eurocêntrica da ideia de marco temporal que, inclusive, transpõe de uma forma quase mágica, “os processos históricos de esbulho, invasão de terras e expulsão” da maioria das comunidades quilombolas, em grande medida “legitimados por títulos concedidos pelo Estado” a partir da compreensão de que os territórios das comunidades eram terras devolutas, do mesmo modo como “legitimada e legalizada a grilagem de terra.”. (LIMA DA SILVA; SOUZA FILHO, 2016, p. 80).

Enfim, o Decreto n.º 3.912 de 2001 era a norma adequada de que já dispunha o Ordenamento Jurídico para dar cumprimento ao art. 68 do ADCT representando vigorosa

força com influências dos campos do legislativo e do executivo consagrando, nesse contexto, o conceito mais restrito de comunidades de quilombo que deveria ser observado pelos dois poderes, notadamente para administração pública, responsável pela execução do direito. Todavia, as ações estatais consistentes na edição do decreto e do veto presidencial ao projeto de lei analisados serviu, na prática, para paralisar as atividades executivas do governo relacionadas ao tema, pelo que a retomada das regularizações aconteceria depois, com a edição de outro decreto presidencial editado com a finalidade de devolver eficácia ao art. 68 do ADCT (ARRUTI, 2008, p. 335), mas antes de estudá-lo é importante registrar novas mudanças normativas no campo dos poderes legislativo e executivo.

2.4.1 A Convenção n.º 169 da OIT entra no Ordenamento Jurídico brasileiro

A reorganização do tema quilombola conforme se acabara de transcrever em nível nacional guardava consonância, de certo modo, com o direito internacional vigente que abordava o tema sobre povos indígenas e outras coletividades, qual seja, a Convenção n.º 107 da OIT que, conforme visto no capítulo 1, era orientada pela perspectiva eurocêntrica integracionista, razão pela qual os direitos nela previstos produziam os membros de coletividades como minorias culturais, presentes nos estados nacionais, como uma situação transitória e passada, cujos membros logo seriam integrados por meio da classificação social enquanto trabalhadores assalariados diante da consolidação global do modelo colonialista de sociedade, fundamento de constituição, inclusive, da ONU.

Trata-se, como sabido, de lutas e disputas por poder em nível internacional e nacional e nesse contexto integrantes dos povos quilombolas são vistos pelos agentes dispostos na seara política como grupos, apenas, no sentido cultural com um inevitável destino civilizatório cujas práticas sociais, saberes e modos de vida são relegados a outro tempo, ao tempo produzido como do passado, da tradição arcaica sem espaço e lugar nesse novo tempo do futuro para o qual aponta a concepção do progresso da humanidade.

Dessa forma, o tema quilombola entra para a legislação destinada a dar cumprimento ao art. 68 do ADCT assimilando o viés racista que atribui às pessoas que compõem essas coletividades um estatuto de subordinação institucional no direito, ao serem vistas como minorias partes de culturas tradicionais que devem necessariamente ser migradas para a classe trabalhadora. Informa essa cultura institucional aquela mesma “proposta integracionista para toda a América Latina” que impõe uma integração pensada apenas para indivíduos, porque não havia espaço para outras coletividades além da sociedade nacional, nos limites estatais, e a classe laboral. Nesse sentido, essa proposta significava e ainda significa a extinção dos

povos, pelo que todo esse pensamento está condensado na legislação infraconstitucional trazida até o momento que não admite uma coletividade quilombola como um povo de fronteiras étnicas próprias, nelas inclusas, o território. (SOUZA FILHO, 2003, p. 39).

Todavia, as mudanças no cenário internacional havidas com a Convenção n.º 169 da OIT⁵⁵ fariam refletir sobre o Ordenamento Jurídico brasileiro novas perspectivas sobre a concepção de povos indígenas e quilombolas a partir da tentativa de ruptura com o viés integracionista consagrado na Convenção n.º 107 o que, por sua vez, provocaria mudanças no âmbito dos poderes legislativo e executivo ao servir de modelo normativo para a edição de novas legislações e atos administrativos relacionados à efetivação de seus direitos.

Após a adesão do Estado brasileiro à Convenção n.º 169 esta foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.º 143, de 20 de junho de 2002. Ato seguinte a referida convenção foi confirmada pelo Governo brasileiro em 25 de julho de 2002 que depositou o instrumento de ratificação junto à Organização Internacional do Trabalho, sendo que 12 meses a partir da ratificação, conforme estabelecido no próprio convênio, entrou em vigor na data de 25 de julho de 2003, passando então a produzir os seus efeitos em território nacional. Como última formalidade exigida pelo direito internacional a Convenção n.º 169 é promulgada aos 19 de abril de 2004 pelo Decreto presidencial n.º 5.051. (BRASIL, 2018).

Assim, a Convenção n.º 169 da OIT vige no Brasil desde o ano de 2003, agora em regime de prorrogação, uma vez que o seu art. 39 prevê o prazo de 1 ano para a denúncia após a expiração do período de dez anos contado da ratificação. (BRASIL, 2018). Além do Brasil, atualmente, constam mais 21 Estados membros em cujos territórios vige a Convenção n.º 169 da OIT, sendo que dos 22 Estados que ratificaram a Convenção 16 estão localizados na América Latina, um na Oceania, um na África, um na Ásia três no continente Europeu. (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2018).

Nesse ponto, cabe trazer uma importante regra jurídica estabelecida pela CR/88 concernente ao *status* normativo atribuído aos tratados internacionais acerca dos direitos humanos incorporados no Ordenamento Jurídico brasileiro. O art. 5º, inciso LXXVIII, § 2º preconiza que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. (BRASIL, 2017).

⁵⁵ Vide capítulo 1, item 1.3.

Outra regra constitucional é a prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, § 3º, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 que assim dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 2017).

Conforme se vê, a CR/88 estabelece, a partir das duas normas citadas, que os direitos oriundos dos tratados internacionais vigentes no Brasil devem ser observados e cumpridos assim como os direitos previstos na própria constituição. Nesse sentido, os direitos previstos nos diplomas internacionais, após estes passarem a vigor no Ordenamento Jurídico brasileiro, adquirem materialmente o status de norma nacional, portanto integram o ordenamento e devem ser cumpridos. É o que ocorrera com a Convenção n.º 169 que ao ser promulgada integralmente por decreto presidencial torna-se norma que deve ser aplicada, inclusive, de forma integral conforme art. 1º do Decreto n.º 5.051 de 2004.

Anota-se a especificidade atribuída aos tratados que versam sobre os direitos humanos que, por força constitucional, quando aprovados com o quórum especial do art. 5º, inciso LXXVIII, § 3º, entram para a hierarquia formal do sistema jurídico brasileiro com caráter constitucional, portanto, acima de leis e normas administrativas. A Convenção n.º 169 da OIT não passou por esse quórum qualificado nas Casas Legislativas, portanto, não guarda posição hierárquica formal de norma constitucional, mas guarda o caráter material de constitucionalidade, caso contrário não estaria vigente no Ordenamento.

Sem embargo, o posicionamento formal da Convenção n.º 169 da OIT na hierarquia do direito brasileiro é o de norma supralegal, conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2008 em julgamento de Recurso Extraordinário (RE n. 466.342-1 SP, Rel. Min. Cezar Peluso), quando foi inadmitida a prisão civil do depositário infiel à luz da CADH, uma carta de direitos humanos, pelo que a referida convenção está acima das leis e abaixo, apenas, da Constituição. Todavia há entendimento do caráter constitucional das normas oriundas dos tratados de direitos humanos, independente do quórum estabelecido pelo art. 5º, inciso LXXVIII, § 3º da CR/88, a partir da interpretação de que o § 2º, do art. 5º da mesma Carta “é uma cláusula aberta de recepção.”. (LIMA DA SILVA, 2017, p. 177).

Questões envolvendo o caráter de supralegalidade ou de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos vigentes no Brasil são importantes na medida em que implicam menores ou maiores dificuldades de retirada do Ordenamento Jurídico, sendo que o *status* constitucional é mais importante na medida em que os procedimentos para alteração

constitucional são mais rigorosos. Todavia a questão não se cinge às formalidades sistêmicas para ingresso ou retirada de instrumentos normativos no Direito brasileiro, sendo importante para o momento a plena vigência supralegal e compatibilidade material com a CR/88, do instrumento normativo de direitos humanos, inclusive de caráter coletivo, que é a Convenção n.º 169 da OIT.

Nesse ponto, cabe destacar a plena aplicabilidade do convênio da OIT em estudo aos povos indígenas e quilombolas no Brasil (LIMA DA SILVA, 2017, p. 118), devendo-se ressaltar já se percebe que, a respeito dos quilombolas, está-se a tratar de um movimento político que reivindica em nível nacional um destino político comum enquanto povo e sujeitos de direito coletivo ao território tradicional. (GUIMARÃES, 2008, p. 68).

A aplicação do convênio aos quilombolas é determinada pela própria OIT, quando no ano de 2009, a Comissão de Expertos em Aplicação de Convenções e Recomendações considera que as comunidades reúnem os requisitos previstos no art. 1º, item 1, *a* do convênio e solicita informações ao Brasil que deem conta acerca de sua aplicação às comunidades quilombolas. Esse reconhecimento da aplicação reflete as ações do Sindicato de Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Alcântara (STTR) e do Sindicato de Trabalhadores e Trabalhadoras na Agricultura Familiar de Alcântara (SINTRAF) que formularam questões ao organismo internacional acerca da aplicação do convênio aos povos quilombolas. (*INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION*, 2018, pp. 763-764, tradução nossa).

O importante é destacar que no mesmo ano em que ações empreendidas pelo governo federal inviabilizaram a aplicação do art. 68 do ADCT aos povos quilombolas, com a edição do Decreto n.º 3.912 de 2003 e pelo veto integral ao Projeto de Lei n.º 3.207 de 1997, entrava em vigor a Convenção n.º 169 da OIT, inclusive passando pelo crivo do Legislativo e Executivo, que traria a perspectiva jurídica do projeto vetado, atendendo ao conceito contemporâneo de quilombo, especialmente quanto à categoria da etnicidade que possibilita a compreensão de diacríticos mais gerais marcadores das fronteiras dos grupos, como, por exemplo, a territorialidade e as relações racializadas.

Dessa forma o direito de livre determinação dos povos quilombolas se consolida no direito brasileiro, especialmente, a partir da previsão da categoria consciência da identidade tribal ou indígena (art. 1º item 2), sendo interpretado internamente no Ordenamento Jurídico como autoatribuição coletiva das comunidades. Decorre, também, desse direito coletivo de determinação própria que se deve garantir as comunidades o autocontrole sobre o próprio desenvolvimento, bem como o dever do Estado de consultá-las todas as vezes que forem

criadas medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-las (art. 6º, item 1, *a*) e a participação quando da tomada de decisão nas instituições ou outros órgãos administrativos de quaisquer natureza (art. 6º, item 1, *b*) na condução de políticas e programas que lhes digam respeito. Outros dispositivos relacionados a políticas públicas de saúde, educação, nutrição, deslocamento, entre outros são plenamente aplicáveis aos povos quilombolas⁵⁶, pelo que devem ser garantidos pelo Estado Brasileiro. (BRASIL, 2018).

Certamente após o ingresso da Convenção n.º 169 da OIT no ordenamento jurídico o direito de livre determinação coletiva ocupou a pauta nos poderes políticos da República que o consolidou em diversas legislações que versam sobre as políticas destinadas aos povos quilombolas⁵⁷ relacionadas à titulação de terras, meio ambiente, saúde, educação, entre outros temas. No Poder Executivo, citem-se como exemplo o Decreto n.º 6.040 de 7 de fevereiro de 2007 que Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT) que no art. 3º e incisos institui o conceito jurídico de povos e comunidades tradicionais de acordo com o conceito contemporâneo de quilombo, assegurando o direito ao desenvolvimento sustentável a estes (BRASIL 2018) e o Decreto n.º 8.750⁵⁸ de 9 de maio de 2016 que Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), que propõe uma política de desenvolvimento sustentável aos povos quilombolas, além de outros, como os indígenas, ciganos, pomeranos, destinada ao reconhecimento integrado de direitos de natureza econômica, cultural, socioambiental, organização institucional, saberes e fazeres e direitos de natureza territorial. (BRASIL, 2018).

No Poder Legislativo o principal exemplo foi a edição da Lei n.º 12.288 de 20 de julho de 2010 que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial que, da mesma forma como os decretos acima mencionados, traz um vasto rol de dispositivos voltados à efetivarem políticas públicas de saúde, educação, meio ambiente, habitação entre outras. O acesso à terra ganha um capítulo especial e é somado ao direito à moradia adequada, pelo que o Estado deve incentivar atividades produtivas para os quilombolas, como acesso a financiamento, educação e

⁵⁶ Reporta-se ao capítulo 1, item 1.3.

⁵⁷ Não somente a estes, mas também aos povos indígenas. Ver, por exemplo, o Decreto n.º 6.861 de 2009; Decreto n.º 7.747 de 2012; Decreto n.º 8593 de 2015.

⁵⁸ “São considerados povos e comunidades tradicionais: povos indígenas; comunidades quilombolas; povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; povos ciganos; pescadores artesanais; extrativistas; extrativistas costeiros e marinhos; caiçaras; faxinalenses; benzedeiros; ilhéus; raizeiros; geraizeiros; caatingueiros; vazanteiros; veredeiros; apanhadores de flores sempre vivas; pantaneiros; modroquianos; povo pomerano; catadores de mangaba; quebradeiras de coco babaçu; retireiros do Araguaia; comunidades de fundos e fechos de pasto; ribeirinhos; cipozeiros; andirobeiros; caboclos; juventude de povos e comunidades tradicionais.”. (BRASIL, 2018).

orientação agrícolas e o fortalecimento da infraestrutura de logística para a comercialização da produção. (BRASIL, 2018).

O direito de titulação e regularização da propriedade consta no art. 31 do Estatuto da Igualdade Racial que reproduz a redação constitucional do art. 68 do ADCT, pelo que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”.

É possível perceber a assimilação do conceito contemporâneo de quilombo, como nos decretos presidenciais, porém, de forma menos clara, com menções à categoria etnicidade como ocorre no art. 34 ao contemplar que as iniciativas de acesso à terra, além das previstas em outras leis, são destinadas ao incentivo da igualdade étnica.

Afora o artigo 34 do estatuto da igualdade racial, a categoria etnicidade é transversal aparecendo desde o art. 1º, o que confirma a institucionalização do reconhecimento estatal da formação da sociedade brasileira, assente em desigualdades étnicas, sendo que a promoção da igualdade étnica impõe reparações diversas, inclusive o direito de propriedade dos povos quilombolas. (BRASIL, 2018).

A categoria autoatribuição não aparece na Lei 12.288 de 2010 para as coletividades quilombolas, demonstrando resistência do reconhecimento da livre determinação coletiva para as comunidades, mesmo sob a vigência da Convenção n. 169 da OIT. Aparece, contudo, no art. 1º, IV com o sentido individual da autodefinição como negro e no art. 56, inciso IV com o mesmo sentido da autodefinição individual cultural para acesso igualitário nas estruturas estatais. (BRASIL, 2018).

Voltando ao âmbito do Poder Executivo Federal importa registrar, para além dos decretos exemplificados, o principal ato normativo destinado à efetivação do direito à terra das comunidades de quilombos cuja elaboração observara o art. 68 do ADCT da CR/88, Convenção nº, 169 da OIT e Lei 12.888 de 2010, todos os dispositivos informados pelo conceito contemporâneo de quilombo.

Trata-se do Decreto n. 4.887 editado aos 20 de novembro de 2003 que traria para o plano concreto de efetivação do direito à terra quilombola abordagens distintas das existentes até então nessa esfera de poder.

2.4.2 O direito de autodeterminação dos povos quilombolas e o Decreto n.º 4.887 de 2003: identidade coletiva, etnicidade e territorialidade

No início do governo do Presidente Lula, no ano de 2003, as pressões contra o Decreto n.º 3.912 de 2001 pelos povos quilombolas – que mesmo à época de sua edição não concordaram com o seu conteúdo – (OLIVEIRA SOUZA, 2008, pp. 58-59) ganham destaque levando ao governo federal, no mesmo ano em que inicia o governo, a promover uma série de reorganizações na máquina burocrática estatal na tentativa de dar cumprimento ao art. 68 do ADCT.

A primeira iniciativa se concretizou com a edição do Decreto de 13 de maio de 2003 (sem número) que instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de rever as disposições do Decreto 3.912 de 2001 e propor uma nova regulamentação para o reconhecimento, demarcação, delimitação, titulação, bem como o registro imobiliário das terras quilombolas. Na constituição do Grupo de Trabalho, tomou-se em consideração o aspecto participação preconizado pela Convenção n.º 169 da OIT, uma vez que fora assegurada a representatividade dos remanescentes das comunidades quilombolas, senão vejamos.

Art. 2º O Grupo será integrado:

I - por um representante, titular e suplente, de cada órgão a seguir indicado:

- a) Casa Civil da Presidência da República;
- b) Ministério da Justiça;
- c) Ministério da Defesa;
- d) Ministério da Educação;
- e) Ministério do Trabalho e Emprego;
- f) Ministério da Saúde;
- g) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- h) Ministério da Cultura;
- i) Ministério do Meio Ambiente;
- j) Ministério do Desenvolvimento Agrário;
- l) Ministério da Assistência e Promoção Social;
- m) Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e bate à Fome;
- n) Advocacia-Geral da União;
- o) Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial daidência da República; e
- p) Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da ública; (Incluído pelo Decreto de 6.6.2003)

II - por três representantes, titulares e suplentes, dos remanescentes das comunidades de quilombos. (BRASIL, 2018).

Em novembro do mesmo ano é editado outro ato normativo, qual seja, o Decreto n.º 4.883 de 20 de novembro de 2003 que transfere a competência para a delimitação e determinação das demarcações das terras das comunidades remanescentes de quilombo para o Ministério do Desenvolvimento Agrário reordenando a competência do Ministério da Cultura

para assistir e acompanhar o MDA e o INCRA nas atividades de regularização fundiária a fim de se preservar a identidade cultural dos remanescentes. Dessa forma, a polarização ideológica entre a centralidade cultural ou fundiária, presente nos debates sobre o conceito de quilombo com influência nos Poderes da República reaparece, mas agora o pêndulo movimenta-se para descolocar para centralidade do conceito a natureza fundiária do direito de acesso à terra quilombola. (BRASIL, 2018)

Outro ato normativo presidencial, também do ano de 2003, relacionado ao tema quilombola, foi a edição do Decreto n.º 4.886 de novembro do mesmo ano que instituiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial, sendo a questão fundiária integrada às políticas públicas que se traçavam para a chamada comunidade negra no Brasil, inclusive, para os remanescentes das comunidades de quilombo. A garantia do direito de propriedade das terras quilombolas consta nos objetivos específicos do anexo, que trata da defesa dos direitos da população negra. (BRASIL, 2018).

É nesse contexto que é editado o Decreto n.º 4.887 de 20 de novembro 2003 que “[...] regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos” (BRASIL, 2018), conforme previsto no art. 68 do ADCT. Nesse sentido, desponta como um ato normativo fruto da discussão entre representantes do governo federal e dos remanescentes quilombolas que, por sua vez, traz em seus dispositivos uma tentativa de integração conceitual de quilombo para funcionar devolvendo alguma eficácia ao dispositivo constitucional. (ARRUTI, 2008, p. 334). O decreto é elaborado com base nas normas da Constituição de 1988 e na Convenção n.º 169 da OIT, principalmente no tocante à confirmação do direito de livre determinação dos povos quilombolas. (VIEIRA JÚNIOR, 2012).

Logo no art. 2º do novel decreto presidencial vê-se consagrado o direito coletivo de livre determinação dos povos no *caput* e seus parágrafos, consistente na previsão do critério de autoatribuição coletiva como remanescentes das comunidades de quilombo, nesse sentido:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os **grupos étnico-raciais**, segundo critérios de **auto-atribuição**, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante **autodefinição** da própria comunidade.

§ 2º São **terras** ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de **territorialidade** indicados pelos remanescentes das comunidades dos

quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

A abordagem das categorias etnicidade e territorialidade aparecem, conforme conteúdos do conceito de quilombo atual que foram analisadas nas linhas anteriores. Viu-se, também, que, ambas, estão presentes na Convenção nº. 169 da OIT, bem como agora é possível vê-las transportadas para o plano procedimental da Administração Pública Federal para a efetivação do art. 68 do ADCT. No tocante à territorialidade, diferente do decreto anterior, há a previsão de desapropriação naqueles casos em que sobre territórios quilombolas incidam títulos de domínio particular, atribuindo ao INCRA a competência para fazê-la, preservando direitos de terceiros de boa-fé porventura envolvidos. (BRASIL, 2018).

Nesse ponto, importa verificar o direito de livre determinação dos povos quilombolas como categoria jurídica fundamental diante da liberdade classificatória que atribui aos remanescentes das próprias comunidades a agência para a apropriação do direito de titulação das terras. Aliás, a autoatribuição coletiva das comunidades já era defendida, antes de ser alçada a categoria jurídica, como um “recurso de método essencial” para romper com o conceito classificatório arbitrário de quilombo, haja vista permitir uma autoclassificação a partir das práticas, experiências e “representações dos próprios agentes sociais” que vivenciaram e geraram as situações sociais “em meio a antagonismos e violências extremas.”. (ALMEIDA, 2002, pp. 68-69).

A autoatribuição como um direito coletivo de determinação própria consta no art. 2º, *caput* e § 1º do Decreto n.º 4.887 de 2003 e tem o seu fundamento na CR/88 e na Convenção n.º 169 da OIT, sendo que neste último instrumento normativo é inscrita como a consciência da própria identidade, referindo-se à identidade do grupo indígena ou tribal (art. 1º, item, 1), pelo que a autodefinição permite aos grupos, a partir de elementos eleitos por seus membros, forjarem a sua própria consciência coletiva e, assim, a projetarem externamente como a identidade étnica. É nesse sentido que se considera o percurso histórico próprio, as relações territoriais particulares e as relações racializadas, não necessariamente relacionadas, apenas, a resistência ao regime escravocrata. (BRASIL, 2018).

Foi nesse sentido que a ABA, em 1994, avocou a atribuição para indicar peritos a fim de contribuir para a tradução da consciência coletiva de cada comunidade, modelando uma identidade para fazer jus a aplicação do direito de titulação da terra. Fredrik Barth adverte que para que o antropólogo conheça determinada identidade étnica específica deve-se, nesse processo, considerar as “[...] experiências através das quais esta é formada, pois não é

suficiente, como se pensou em relação a um conceito mais simples de cultura, elaborar um inventário homogeneizador das suas manifestações.”. (2003, p. 11).

Nesse sentido, para se evitarem reificações das comunidades quilombolas, que poderiam ser imaginadas como formações homogêneas, a partir de uma coerência quase que absoluta entre seus membros, pensa-se como adequado tratar, em cada caso, a categoria consciência como “a expressão da incorporação das condições sociais de enunciação da identidade e diferenciação social” e não, necessariamente, realizar uma abordagem de um “processo psicológico interior.”. (SILVA, 2012, p. 329).

Dessa forma, sem qualquer pretensão de engessar a compreensão dos processos de emergência dos quilombos, mas numa tentativa de identificar alguma categoria mais geral que possa ser identificada nessas diversas experiências sociais, podem-se pensar essas formações, desde as suas primeiras manifestações em território nacional como “resultado de processos de confrontação, e não de lugares utópicos e despolitizados” (ALMEIDA, 2002, p. 77), sendo que uma perspectiva mais adequada para a abordagem da consciência em comunidades quilombolas é considerar que:

[...] a consciência⁵⁹, como um programa político, emergiu aos poucos como uma forma de reconhecer e ao mesmo tempo produzir, em traços fortes, as fronteiras a partir dos quais os sujeitos puderam objetivar suas experiências, selecionar percursos, construir pertencimentos e produzir identificações. (SILVA, 2012, p. 318).

Portanto, pensa-se a consciência nas situações práticas em que são definidas as fronteiras étnicas e nesse sentido é compreendida como uma categoria social que as comunidades quilombolas empregam para exteriorizarem suas particularidades sociais e não apenas culturais, pelo que a categoria em comento pode ser definida como um sinal que permite aos integrantes das comunidades ingressarem “no plano da representação de sua identidade e de seu direito.”. (SILVA, 2012, pp. 64-65).

Dessa forma, a categoria jurídica da autoatribuição é norma que deixa espaço discricionário essencial aos chamados remanescentes visto que é por meio dessa autodefinição

⁵⁹ Um exemplo local de identificação da consciência política e suas transformações pode ser verificada no território quilombola do Sapê do Norte, no Espírito Santo, sem que: “A categoria social consciência aqui descrita tem haver em primeiro lugar com a construção de pertencimentos e identificações num dado momento da organização política dos quilombolas no Sapê do Norte. Ou seja, ela emerge de um contexto específico como uma categoria de identificação que reúne visões de mundo específicas que singularizam grupos, discursos e agência. [...]Em segundo lugar, a definição da consciência negra como parte dos conteúdos de acesso à representação de si no campo social como sujeito político aponta para a problematização feita por Bourdieu sobre o poder. A partir da constituição de agências de representação da consciência negra, ela adquire um status que pode ser submetida ao escrutínio dos profissionais do campo político e daqueles autorizados em definir o acesso à este campo.”. (SILVA, 2012, pp. 313-318, grifos do autor).

é que se constrói e se afirma a identidade coletiva, pelo que o que importa não são as classificações externas feitas pelas agências governamentais ou não governamentais, ou de partidos políticos, que não raro são estigmatizantes, mas “como os próprios sujeitos se autorrepresentam” a partir dos elementos de critério político e organizativos que orientam as suas “mobilizações e forjam a coesão em torno de um certa identidade.”. (ALMEIDA, 2002, pp. 67-68).

Trata-se da tomada de posição a partir da apropriação de uma identidade coletiva direcionada às mobilizações e processos de lutas por agentes sociais sendo que o conteúdo dessa identidade pode se apresentar mais amplo do que um “critério morfológico e racial.”. (ALMEIDA, 2002, p. 69). Foi nesse sentido que a ressemantização do conceito de quilombo, contemplando como um dos paradigmas contemporâneos a etnicidade operou a migração das dimensões “de classe e raça no plano das identificações quilombolas” para situar a questão no plano dos direitos relacionados à etnicidade. (SILVA, 2012, p. 312).

Todavia o direito de autoatribuição coletiva dos quilombolas por meio da Convenção n.º 169 da OIT e do Decreto n.º 4.887 de 2003, que institucionaliza o direito de livre determinação das comunidades, está longe de representar a estabilização entre o discurso jurídico e o discurso antropológico, pelo que o dilema reside numa espécie de “jogo de fuga e captura” em que o “[...] direito captura como modelo sobre o qual o seu *modus normatizador* deve operar” aquilo que a ciência antropológica propõe como modelo ou exemplo no meio da diversidade das situações existentes. (ARRUTI, 2008, p. 340).

O discurso antropológico consolida a noção da categoria social de autoatribuição em meio às questões envolvendo a autodefinição ou definição pelos outros, o que explica variações nos discursos antropológico e jurídico consistentes em “deslizamentos e reapropriações” em torno de uma autoclassificação ou classificação externa. Conforme se verificou durante a trajetória de ressemantizações do conceito de quilombo, que por meio da etnicidade consagra essa ideia de autoidentificação coletiva pelos próprios grupos, a ênfase para a atribuição própria constitui a base de aplicação da categoria jurídica quilombola a grupos específicos, sendo basilar na arena política em face de agentes e agências que procuravam restringir a classificação de quilombo e como consequência, acabava por negar-lhes direitos. Nesse caso, a autoatribuição funciona como um tipo de fuga em face de possíveis armadilhas voltadas a “capturar tais rótulos em um rol fixo de características” que de um modo geral fazem referência a um rígido padrão capaz de “excluir a maioria dos casos concretos.”. (ARRUTI, 2008, pp. 340-341).

Todavia a questão não é tão simples visto que não se pode defender que há uma ligação direta e tão evidente entre determinada coletividade que se autorrepresenta como grupo étnico e a categoria jurídica quilombo, agora de “caráter jurídico-administrativo” (ARRUTI, 2008, p. 341), conforme preconizado no Decreto n.º 4.887 de 2003. Isso porque é inerente à constituição das normas abstratas a generalização e a tentativa de englobamento das realidades sociais, o que inevitavelmente deixa de contemplar a diversidade das experiências fáticas. Ademais, uma vez consagrado o conceito de quilombo, mesmo que tentando alcançar mais situações, a leitura do operador jurídico é feita sempre a partir do texto normativo consagrado, pelo que operará tentando perceber se uma situação é ou não quilombo a partir das categorias jurídicas institucionalizadas.

Infere-se, portanto, que na prática o direito de autoatribuição coletiva, que traduz o direito de determinação própria, opera permitindo uma autodefinição das comunidades ainda no plano social – impedindo a classificação arbitrária externa, inclusive pelo direito – mas que não é suficiente por si só, uma vez que não levaria à automática conexão com a categoria jurídica quilombo, não havendo a típica subsunção do fato à norma, vez que para esses casos a leitura é feita do plano dos fatos em direção à norma e não ao contrário. Essa constatação faz com que as comunidades autodefinidas politicamente como grupos étnicos demonstrem pelo menos nos discursos públicos a autoadesão ao título jurídico *remanescentes da comunidade de quilombo*.

Há diferença, desse modo, entre a autoidentificação étnica que guarda caráter de localidade resultado de “interações horizontais e contrastantes entre grupos em interação” e a autoidentificação da rotulação quilombola que representa a apropriação do rótulo jurídico, não sendo resultado da “contrastividade e da fronteira local” senão de um processo de mediação entre cada realidade com suas experiências específicas e a “língua do Estado, a categoria jurídica, o código do Direito.”. (ARRUTI, 2008, p. 341).

Desse modo, o trabalho de mediação para que determinado grupo étnico alcance o direito previsto para os povos quilombolas deverá ocorrer como uma “tradução de categorias locais em categorias do Estado”, com o auxílio da Antropologia. De outro lado, há a mediação que se destina a “revelação de uma realidade historicamente encoberta”, no intuito de indicar como os conteúdos da memória local em cada comunidade “podem ser submetidos a uma nova hermenêutica” a fim de construir uma narrativa acerca de si em que emerge uma verdade enquanto “necessidade de se produzir um sentido moral para a História”, estabelecendo certa relação de implicação entre identidade política e a categoria jurídica que prevê direitos. A

autoatribuição étnica é possível a partir dessa última perspectiva, mas não é suficiente para sustentar a autoatribuição quilombola. (ARRUTI, 2008, p. 341-342).

Nesse sentido está-se diante de uma realidade que impõe uma dupla classificação de registros, sendo uma no plano político e outro no âmbito normativo e o que está em questão passa entre ambas as classificações, sendo que:

Percebe-se, então, a complexidade das categorias operadas em torno do tema do quilombo. Ela identifica e dá estatuto analítico a uma categoria histórica que é ressemantizada pelo movimento social e por uma série de formulações teóricas e políticas. Ela também estabelece as condições hermenêuticas para que tal ressemantização prevaleça na leitura do texto da lei, oferecendo uma correspondência entre tal categoria ressemantizada e dois conceitos fundamentais para a eficácia da lei, o de terras de uso comum e o de etnicidade. Porém, ao fazer isso, ela também deve realizar novas ressemantizações, agora não mais da categoria histórica ou da categoria constitucional, mas das categorias locais. Em um caso por meio da redução sociológica de uma grande variedade de categorias locais de uso da terra em uma mesma categoria sociológica de “uso comum” e pela redução desta no termo quilombo. No outro caso pela tradução de micro-categorias locais de auto-atribuição em uma macro-categoria de atribuição político-jurídica. (ARRUTI, 2008, p. 342).

A questão, verdadeiramente não é tão simples, pois se tomando o Estado como ator é preciso olhar para as diferentes formas de atuação destes, pois por meio do regime é que o Estado seguirá “[...] políticas distintas em relação à categorias e movimentos étnicos nas populações que procuram controlar.”. (BARTH, 2003, p. 15).

Nesse contexto surgem as burocracias que tratam de regulamentar o direito de livre determinação dos povos quilombolas, envolvendo outras agências estatais no processo de autoatribuição, o que por vezes embaraça o acesso ao direito de propriedade, sendo que no âmbito da Administração pública desponta o processo administrativo⁶⁰ como o legítimo lugar em que o “[...] reconhecimento de uma comunidade enquanto quilombola, com o seu direito a terra é assegurado.”. (OLIVEIRA, 2017, p. 62).

Nos processos administrativos para regulamentação do direito ao território, o direito de livre determinação dos quilombolas é novamente colocado em relação uma vez que é submetido aos atos administrativos de nomeação ou atestado efetivado pelos agentes estatais para cancelar a validade da autodeclaração. Isso é o que prevê, por exemplo, a Instrução Normativa n.º 57⁶¹ do INCRA, do ano de 2009, que regulamenta a aplicação do Decreto n.º

⁶⁰ Natane Oliveira descreve os obstáculos no processo administrativo da Comunidade Quilombola Linharinho, no Espírito Santo, mostrando como o aparato burocrático é uma das formas de obstaculizar, pela legalidade, os direitos quilombolas. In: OLIVEIRA, Natane Franciella de. **Um quilombo contestado: análise sobre o processo de demarcação de terras quilombolas**. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

⁶¹ Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art.

4.887 de 2003, e em seu art. 6º preconiza a necessidade de uma certidão que ateste a autoatribuição coletiva das comunidades certificada também pela FCP mediante o registro da certidão no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombo, nos termos do §4º, do art. 3º, do Decreto n.º 4.887 de 2003. (BRASIL, 2018). Dessa forma, infere-se que “a análise da FCP poderia resultar na não certificação”, de acordo com o que preconiza a instrução normativa. (OLIVEIRA, 2017, p. 58).

Compreende-se a necessidade dos procedimentos e burocracias estatais, mas deve ser ressaltado que para os casos das comunidades quilombolas é importante que seja assegurada efetivamente a participação dos quilombolas (OLIVEIRA, 2017, p. 62), em nome do que preconiza o dever de consulta – como uma das dimensões do direito de livre determinação – estabelecido na Convenção n.º 169 da OIT, nas decisões e procedimentos administrativos capazes de afetar direta ou indiretamente esse grupos étnicos.

Ainda conforme sublinhado por Natane Oliveira (2017, p. 60), durante o processo administrativo⁶² deve-se ter o devido cuidado com o que preconiza o art. 10 da Instrução Normativa n.º 57 do INCRA, que estabelece o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação e os seus requisitos de validade, para que o relatório nele previsto não substitua a autodefinição da própria comunidade, dando protagonismo ao estado através de um grupo técnico “a definição da identidade e do território quilombola.”.

Além dos percalços burocráticos destaca-se, ainda, no âmbito do processo administrativo a demora em relação ao processo de demarcação das terras quilombolas, por meio da previsão de prazos muito dilatados para as contestações, que por sinal são muito importantes. Os prazos para serem interpostas as contestações são de 90 dias prorrogados por mais 180 dias para julgamento por parte do INCRA, conforme arts. 13 e 14 da Instrução Normativa n.º 57. (BRASIL, 2018).

68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003. (BRASIL, 2018).

⁶² Nesse sentido, uma síntese do procedimento de demarcação de terras quilombolas com etapas do processo administrativo: “[...] o Processo é aberto por iniciativa do INCRA ou a requerimento das Comunidades, que devem juntar a respectiva certificação de autorreconhecimento da comunidade como quilombola emitida pela Fundação Cultural Palmares. Em seguida, notifica-se os órgãos responsáveis e constitui uma equipe interdisciplinar para elaboração do RTID que será submetido à aprovação pela superintendência do INCRA. O RTID será publicado, com notificação dos interessados para contestarem no prazo de 90 dias. Após, o INCRA decidirá em até 180 dias, cabendo recurso contra a decisão ao Conselho Diretor do INCRA sede. Ato contínuo, será publicada a portaria de reconhecimento do Presidente do INCRA no Diário Oficial da União (DOU) e dos estados que estabelece os limites do território quilombola. Na próxima fase são publicados os decretos presidenciais de desapropriação quando necessário e, ao final, o presidente do INCRA realizará a titulação mediante a outorga de título coletivo, imprescritível e pró-indiviso à comunidade em nome da associação legalmente constituída.”. (OLIVEIRA, 2017, p. 56).

Portanto, percebe-se que a institucionalização do direito de livre determinação própria dos quilombolas, que inclui o direito ao território, percorre uma trajetória conflituosa e descontínua de entrada no direito estatal, e, mesmo reconhecendo os importantes avanços do Decreto n.º 4.887 de 2003, infere-se haver ações, por parte do mesmo Estado que institucionalizou os direitos, a partir do manejo de burocracias do regime, que os colocam em relativização por vezes dificultando ou mesmo impedindo a efetivação. Mas os movimentos contrários à efetivação do direito de autoatribuição quilombola não se encerram no quadro da Administração Pública que mesmo aos tropeços caminha no sentido de dar alguma eficácia ao art. 68 do ADCT. Cuida-se de ações atualmente, no Poder Legislativo, Executivo e no Poder Judiciário que são, portanto, articuladas.

No âmbito do Legislativo Federal podem ser citados, como exemplos, dois projetos pós Decreto n.º 4.887 de 2003 que expressam que a institucionalização do direito de livre determinação dos povos quilombolas ainda pode estar longe de ser uma questão pacífica na cultura do direito brasileiro. O primeiro deles é o Projeto de Decreto Legislativo n.º 44 de 2007 que objetiva a sustação do decreto editado pelo Presidente Lula, notadamente os seus artigos 2º, 13, 14 e 17 exatamente os que preveem a configuração política dos grupos a partir do direito de autoatribuição, além do art. 13 que trata da desapropriação, pelo que avançando o projeto se retornaria ao contexto do Decreto n.º 3.912 de 2001. (BRASIL, 2018).

No mesmo sentido é a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 161 que cuida da demarcação de terras indígenas e do reconhecimento das áreas remanescentes de quilombos, estando atualmente apensada à PEC n.º 215, sendo que a matéria veiculada transfere a atribuição das demarcações de terras indígenas e quilombolas ao Poder Legislativo, devendo ser feitas por lei. (BRASIL, 2018).

Na esfera do Poder Executivo, no início da vigência do governo do Presidente Michel Temer houve uma reorganização no tocante às atribuições para a delimitação e demarcação de terras quilombolas, sendo que inicialmente houve o retorno das questões de regularização fundiária para o âmbito do Ministério da Cultura, pela Lei 13.345 de outubro de 2016, estando o assunto agora sob a competência da Casa Civil da Presidência da República, conforme art. 3º, inciso V, e art. 29, ambos, da Lei 13.502 de 2017, conversão da Medida Provisória n.º 782, de 2017. (BRASIL, 2018).

No Poder Judiciário, as ações contrárias ao Decreto n.º 4.887 de 2003 resultaram no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239 de 2003 ajuizada pelo atual Partido Democratas, julgada improcedente em 8 de fevereiro de 2018. Esse processo será o

objeto de análise do próximo capítulo em que será analisado como se operou a implementação pela Suprema Corte brasileira do direito de autodeterminação dos povos quilombolas para efeitos da titulação dos quilombos e, conseqüentemente, de que modo se estabiliza ou não mais uma fase de institucionalização desse direito a partir da agência dos próprios interessados e dos demais agentes envolvidos no campo jurídico.

3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO PROCESSUAL DO DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS QUILOMBOLAS

Este é o capítulo no qual analiso o material empírico da pesquisa, observando a sua hipótese central, qual seja a institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas por meio do processo da ADI n.º 3.239 perante a Suprema Corte brasileira. Os materiais objetos de análise consistiram nas peças digitais do processo eletrônico da ADI e na visualização das plenárias de julgamento em que o processo estivera em pauta, estando os materiais disponíveis no sítio eletrônico do STF. O capítulo é dividido em três partes sendo que na primeira aborda-se o conceito jurídico contemporâneo de processo. Na segunda, apresento a especificidade conceitual de uma ação direta de inconstitucionalidade e trago as análises da ADI n.º 3.239. Início pela denúncia da bancada ruralista, passando pelas peças jurídicas trazidas pelos *amicus curiae* e finalizando com a abordagem das decisões de cada um dos ministros do STF e da decisão final. Na terceira parte relaciono o direito de autodeterminação dos povos quilombolas com os imperativos de acesso à justiça social na perspectiva da redistribuição e do reconhecimento.

3.1 PROCESSO É SABER E SABER É PODER: A ADI n.º 3.239 E AS LUTAS POLÍTICAS EM TORNO DO CONCEITO DE QUILOMBO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é espécie de ação processual existente no direito brasileiro em cujo processo são colocadas questões referentes à possíveis invalidades de leis face à Constituição de 1988, sendo que nessas ações não se trata, especificamente, de solucionar quaisquer controvérsias entre partes envolvidas em algum conflito anterior. (MARINONI, 2017, p. 970). A ADI está prevista na CR/88, no art. 102, inciso I, alínea “a”, em que consta fixada a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar essas demandas em face de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Amparada na Constituição de 1988 a Lei n.º 9.868 de 1999 estabelece o processo e julgamento da ADI, pelo que preconiza o *iter* processual da questão levada à Suprema Corte brasileira. (BRASIL, 2017). É assente na doutrina que essa forma de controlar a validade das leis é denominado modelo concentrado de controle – porque concentrado no STF em se tratando das situações elencadas no art. 102, I, *a*, da CR/88 – sendo que não está isento de críticas, uma vez que na ADI a “legitimidade ativa é sempre política” e, por essa razão, “[...] as decisões são mais políticas do que jurídicas.”. Além disso, aqueles que de algum modo sofrerão os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ficam alijados do controle e, portanto, desprotegidos. (JEVEAUX, 2008, p. 143).

A ADI está inserida no contexto processual da chamada jurisdição constitucional, no sentido da constitucionalização já descrita por Hermes Zaneti Júnior⁶³ que concebe todo processo como constitucional no sentido da irradiação dos preceitos constitucionais sobre o processo judicial e, mais que isso, localiza as normas processuais a partir da própria constituição, sendo que o autor agrupa as normas constitucionais que dispõem sobre o processo como “princípios e garantias constitucionais do processo”, como, por exemplo, o princípio do devido processo legal, presente no art. 5º; normas referentes a jurisdição constitucional *lato sensu* que dispõem sobre as ações constitucionais garantidoras da liberdade, por exemplo, *habeas corpus* e *habeas data*; normas atinentes ao controle de constitucionalidade das leis perante a constituição, como, por exemplo, a ADI, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, isto é, a outrora conhecida jurisdição constitucional *stricto sensu*.

Por um conceito clássico de ação direta de inconstitucionalidade, tem-se que é uma ação que visa aferir a constitucionalidade de determinada norma do Ordenamento Jurídico. Essa aferição é feita em abstrato, o que significa que nesse tipo de processo não se tem um objeto concreto disputado, uma controvérsia concreta entre sujeitos, bem como não há partes diretamente conflitantes. (MARINONI, 2017, p. 1094).

Usualmente, o resultado de uma ADI manterá ou retirará a lei ou ato normativo federal do Ordenamento Jurídico, do sistema de normas, em caso de ser considerado válido ou inválido perante ao que preconiza a Constituição. É certo que na atualidade há formas distintas de aferição da constitucionalidade das normas na ADI que não somente uma aferição amparada no “binômio kelseniano da validade/invalidade.”. A título de exemplo, citem-se as chamadas decisões interpretativas em sede de ADI que “[...] representam um meio termo entre o tudo e o nada do constitucional e do inconstitucional, porque permitem que se altere o significado normativo dos preceitos legais, no sentido de ampliá-lo ou restringi-lo.”. (JEVEAUX, 2005, p. 169).

Portanto, ressalte-se que o controle abstrato das leis ou atos normativos em face da Constituição de 1988 não mais significa apenas a verificação da validade ou de invalidade das leis através de pronunciamento judicial concentrado capaz de retirá-las do Ordenamento Jurídico. Ao contrário, mais que isso, o controle abstrato das normas em sede de ADI

⁶³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo civil constitucional**. 3. ed. (no prelo). p. 214.

significa “atribuir sentido ao texto legal à luz dos fatos que lhe são pertinentes.”. (MARINONI, 2017, p. 1141).

Nesse sentido, é preciso registrar que a própria legislação que traz os procedimentos do processo constitucional da ADI, a Lei 9.868 de 1999, prevê dois institutos importantes que, por sua vez, são consagrados na doutrina e jurisprudência do STF e funcionam como instrumentos de democracia no processo concentrado capazes de garantir maior participação de pessoas ou órgãos públicos ou privados interessados na discussão levada à Suprema Corte.

Por meio desses institutos jurídicos pode haver significativa diminuição do grau de abstração que informa o processo das ADI, tendo como possíveis consequências a informação de fatos relevantes que influenciarão nas decisões dos julgadores que, por sua vez, terão a oportunidade de atribuir sentido normativo a determinadas leis ou atos, ao invés de uma análise puramente objetiva de adequação formal.

Trata-se dos institutos do *amicus curiae* previsto no art. 7º⁶⁴, § 2º da Lei n.º 9.868 de 1999 e a audiência pública, prevista no art. 9º⁶⁵, § 1º do mesmo diploma normativo. Esses institutos são importantes para pluralizar a questão constitucional debatida, bem como demonstram que um controle abstrato das normas não deve ser realizado alheio à realidade dos fatos (MARINONI, 2017, pp. 1138-1143).

Na ADI n.º 3.239 tanto o *amicus curiae* quanto a audiência pública aparecem nos requerimentos iniciais das entidades representativas dos sujeitos que sofreriam os impactos diretos da decisão da Suprema Corte acerca da invalidade ou não do Decreto n.º 4.887 de 2003. Conforme veremos somente o primeiro instituto foi objeto de apreciação pelo relator da ADI, à época o Ministro César Peluso, sendo que os requerimentos solicitando a realização de audiências públicas, com vistas a uma possibilidade de participação mais direta, em que os

⁶⁴ *In verbis*: “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”.

⁶⁵ *In verbis*: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”.

sujeitos interessados pudessem se fazer presentes e falarem, de algum modo, no processo, não foram deferidos.

O fato é que de acordo com a ciência jurídica contemporânea o processo, de um modo geral é concebido como um “direito fundamental do cidadão”, pelo que na atualidade o processo não é visto como um mero procedimento para a aplicação de um direito material previsto nas leis. Decorre dessa atual concepção que o processo é um ambiente de criação do Direito, no sentido de que o exercício da atividade cognitiva em sede processual conduz a “reconstrução do direito positivo pelos intérpretes e aplicadores.”. (MADUREIRA, 2017, p. 32).

No caso desse trabalho, não se trata, como já visto, de uma aplicação em concreto de determinado direito, e, portanto, não se poderia falar da reconstrução ou criação do direito com a finalidade de aplicação direta a determinados sujeitos. Todavia, podemos compreender que a atividade cognitiva dos Ministros da Suprema Corte, no julgamento da ADI n.º 3.239 de 2003, evidenciaram uma reconstrução do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, previsto no Decreto n.º 4.887 de 2003, com a consequente atribuição de sentido ao direito, pelos ministros, com base nos fatos que ingressaram no processo a partir da participação de agências mediadoras representantes dos interessados na questão.

Nos processos originados das ações diretas de inconstitucionalidade há, sem dúvida, veiculação de matérias importantes, de natureza política, conforme já vimos. As decisões refletem efeitos econômicos, sociais e políticos relevantes, que podem atingir toda a sociedade nacional ou determinados segmentos dessa sociedade. Esse é o caso da ADI n.º 3.239 de 2003 que veicula matéria de interesse econômico, cultural, social e político. De seu resultado decorrem efeitos para os povos quilombolas e para a sociedade nacional nas questões atinentes a política de distribuição de terras, às políticas culturais previstas na Constituição de 1988, além de apontar para a necessidade de mudanças na estrutura social de matriz cultural eurocêntrica, inclusive o Direito, sendo que tais mudanças são impostas pelo processo de institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, um direito coletivo de determinação própria, a partir da previsão constitucional do art. 68 do ADCT, resultado das reivindicações dos próprios povos.

Os juristas contemporâneos já apreendem o processo como cultura, sendo a cultura poder. Nesse sentido supera-se a concepção formal de processo de matriz positivista, que o enxergava como técnica isenta de influências ideológicas, sendo que as relações entre as

ideologias, cultura e poder precisam ser conhecidas ao invés de serem rechaçadas como sendo sempre maléficas⁶⁶.

Dessa forma, a concepção do processo como um elemento da cultura trouxe, sem dúvida, significativos avanços ao lhe agregarem as imprescindíveis noções de humanidade, socialidade e normatividade e, como consequência, tenta-se romper com a clássica dissociação entre o sistema cultural e o sistema jurídico (MITIDIERO, 2015, p. 27).

Sem desconsiderar a importância dos entendimentos hodiernos, vê-se que a concepção de cultura assumida para a conceituação de processo como tal, geralmente, é no sentido de que seja um produto cultural e dessa forma, tal como a cultura é produto de seu tempo, o processo é produto de seu tempo, considerando que os institutos do direito assimilam e representam as influências diretas dos aspectos históricos⁶⁷, sendo estes fundamentais.

Nesse ponto é preciso ressaltar que o conceito de cultura utilizado nesse trabalho leva em consideração as suas variações em nível nacional, bem como global, pelo que a cultura é um fluxo contínuo em transformações e não se divide em “todos inseparáveis e integrados.”. A cultura não se apresenta como um produto pronto e acabado resultado dos processos históricos, sendo que se compreendem aqui as suas contradições e incoerências, além de perceber a sua distribuição a partir do posicionamento de diversas pessoas e de formas variadas, portanto, comporta distribuição de maneiras diferentes. (BARTH, 2002, pp. 9-21).

Assim, a definição de cultura assenta na perspectiva das práticas e do poder, sendo que se deve pensar em uma atualização de seu conceito para ser entendida como um fenômeno móvel. Contudo isso não implica o abandono do conceito “novo antigo” em que cultura são “[...] esquemas por meio dos quais as pessoas veem o mundo e atuam sobre ele e as subjetividades”, mas deve-se ultrapassar alguns limites conceituais para ampliar a sua definição de modo que a cultura sob uma nova perspectiva é “pública móvel viajante”, o que insere a sua compreensão dentro dos contínuos fluxos de transformações sociais. (ORTNER, 2007, p. 40).

A cultura como esquemas, sistemas e/ou produto sociais a partir da estabilidade que representa encobre antagonismos sociais naturalizando discriminações, racismos e outras diferenças que só podem ser trazidas à tona a partir da atualização proposta para a categoria

⁶⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo civil constitucional**. 3 ed. (no prelo). p. 217.

⁶⁷ Nesse sentido ver estudo das fases metodológicas da ciência processual brasileira e os conceitos e concepções de processo. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

que, por sua vez, devolve a dinamicidade inerente aos processos de transformações sociais. Nesse sentido, é importante retomar o olhar para as formas culturais estabelecidas institucionalmente no direito. Já o fizemos nos capítulos anteriores em termos de legislação e processos judiciais internacionais e em termos da legislação brasileira sobre o direito de autodeterminação dos povos quilombolas, sendo que neste capítulo continuam-se os relatos sobre a trajetória desse direito no processo judicial da ADI n.º 3.239, enquanto forma cultural institucionalizada.

É preciso analisar a partir do julgamento do processo e seu resultado se a situação de subordinação institucionalizada dos povos quilombolas foi considerada, ao mesmo tempo em que é preciso verificar se ocorreram reparações institucionais, a partir da institucionalização de novos padrões de valores que garantam paridade participativa na sociedade para esses povos continuamente mantidos em *status* de subalternização social nos aspectos históricos, culturais e econômicos. Assim, o processo jurisdicional não deve ser entendido, apenas, como um conjunto de normas estatais que regulamentam os modos de aplicação do direito, resultado de um produto histórico cultural de seu tempo, sendo que é fenômeno cultural mais complexo envolvendo normas jurídicas, espaços físicos e agentes que levam ao ambiente jurídico os antagonismos, contradições e incoerências culturais.

Nesse ponto faz-se necessário lembrar que o processo encerra relações de poderes⁶⁸ simbólicos, sendo imprescindível observar através nas normas colocadas em questão, das petições e das decisões aonde o poder é ignorado porque no ponto em que é desconhecido é, conseqüentemente, reconhecido. O poder simbólico é invisível, mas exercido com a cumplicidade daqueles que ignoram o seu estado de sujeição e ao mesmo tempo o exercem, o que não é diferente no processo judicial. (BOURDIEU, 1989, pp. 7-8).

O simbolismo do poder conforme proposto por Pierre Bourdieu reside no binômio ignorar-reconhecer de modo que por meio desse poder com aparência de magia pode-se obter exatamente o que se poderia obter por meio da força. Exerce-se por meio de relações determinadas “entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos”, ou seja, “na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença.”. Por meio das transformações das relações de força em poder simbólico os efeitos são obtidos sem a necessidade de esforços e enfrentamentos diretos. (1989, pp. 14-15).

⁶⁸ O poder é “[...] uma espécie de círculo cujo centro está em toda parte e em parte alguma.” (BOURDIEU, 1989, p. 7).

A noção de *campo* pode ser entendida como um espaço social de relações de poder sustentado por uma crença específica em que há jogos de linguagem e coisas materiais e simbólicas em jogo que nos próprios campos se geram (BOURDIEU, 1989, pp. 36-39), pelo que o campo é um dos lugares em que ocorre a mobilização do poder o que não é diferente no âmbito do fenômeno jurídico, sendo que o processo judicial deve ser também compreendido como fenômeno cultural mais complexo envolvendo normas jurídicas, espaços físicos e agentes que representa nesse ambiente jurídico os antagonismos, contradições e incoerências culturais.

O processo jurisdicional, assim, deve ser apreendido como integrante de fenômeno cultural mais amplo, especialmente no contexto das noções trazidas por Pierre Bourdieu acerca do *campo jurídico*, sendo este:

[...] o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição [...] ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Nesse sentido, as questões discutidas na ADI n.º 3.239 representam disputas e *lutas simbólicas*⁶⁹ no campo jurídico em que de um lado os representantes dos povos quilombolas e de outro os representantes de grandes latifundiários estão em busca de um veredito que lhes sejam favoráveis, sendo que os intérpretes autorizados de ambos os lados fazem ingressar suas pretensões no campo, a partir da conversão em linguagem jurídica por meio do processo. (BOURDIEU, 1989, p. 71).

Portanto, o processo judicial abordado está inserido nessa arena jurídica em que está sendo disputada a institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, o que implica espera da decisão legítima dos ministros da Suprema Corte como agentes do campo investidos da autoridade de decidir a permanência ou mitigação desse direito no ordenamento jurídico a partir das definições trazidas pelos demais agentes em disputa, estes sem poder de decisão.

Dessa forma, em torno do processo da ADI N.º 3.239 gravitam questões relacionadas à conceituação de quilombo, o que significa que as mesmas discussões já abordadas nos

⁶⁹ “Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredito é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios e os recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das regras possíveis, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa [...]” (BOURDIEU, 1989, p. 224).

âmbitos dos Poderes Legislativo e Executivo agora desembocam no âmbito do Poder Judiciário, pelo que estão sendo disputadas, para efeito da atribuição de sentido ao direito de autodeterminação dos povos quilombolas, as noções de quilombo em sua concepção colonial e contemporânea.

Essas lutas simbólicas influenciam na marcação das fronteiras da identidade étnica quilombola e nas legislações aplicáveis, bem como envolvem interesses políticos em jogo, o que realça a particularidade do processo em comento que acaba por concentrar uma continuidade de complexas lutas políticas, históricas e culturais e, agora, também, jurídicas.

3.2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.239

Trata-se de processo judicial ajuizado perante a Suprema Corte brasileira em que se questiona a validade do Decreto presidencial n.º 4.887 de 2003. A ADI foi ajuizada no mesmo ano de publicação do referido ato normativo e distribuída em 29 de junho de 2004 ao Ministro Cezar Peluso, o relator da ação. Consiste em um processo lento, ainda não terminado, em que pese decisão do colegiado já proferida em 8 de fevereiro de 2018. São 14 anos de tramitação que dão conta do *habitus*⁷⁰ incorporado pelos integrantes da Suprema Corte de repetirem jargões acerca da abordagem com a devida calma nos assuntos ditos tão complexos e atinentes às estruturas sociais. Esses argumentos foram utilizados no processo, notadamente pelos ministros que pediram vista⁷¹, para terem um pouco mais de tempo para analisarem as questões que foram levadas, especialmente quanto ao direito de autodeterminação que ingressou nas legislações como autoatribuição coletiva das comunidades quilombolas.

A questão quilombola remete à história do Brasil, especialmente ao regime escravocrata, pelo que as abordagens são sempre tidas como muito difíceis especialmente quando se trata de identificar que são os negros, ou no presente caso quem são os quilombolas. Esse é o epicentro das dificuldades de desinstitucionalização das discriminações nas estruturas sociais no Brasil, o que aos olhos da cultura dominante demanda uma temporalidade mais estendida. De alguma forma, esse imaginário remonta à percepção, ao sentimento e desejo comum à época da abolição formal da escravidão que permeava as instituições, “o trono” e a “classe dos grandes agricultores”, “[...] de que o processo de abolição fosse gradual, de modo a não afetar a viabilidade econômica de nenhum dos seus segmentos nem ferir abruptamente as receitas do Estado.” (GUIMARÃES, 2011, p. 24).

⁷⁰ *Um modus operandi* de agentes que pode ser percebido nos campos, nas instituições. (BOURDIEU, 1989, pp. 31-39).

⁷¹ Uma prerrogativa dos ministros, de acordo com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Pediram vista do autos, pela ordem, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Edson Fachin.

Mesmo em se tratando de demanda que versa sobre direito constitucional percebem-se os obstáculos para a efetivação do art. 68 do ADCT. Explicam-se, de alguma forma, pelo fato de que o Estado nunca pensa seriamente demandas que valorizem direitos propriamente democráticos sem exclusões ou discriminações subentendidas, já expressas, como, por exemplo, o próprio requisito de nacionalidade. A ideia do surgimento do Estado constitucional para a proteção dos direitos não é evidência da história, mas uma excrecência ideológica objeto da própria história do direito no sentido explicado anteriormente. O Estado é sujeito de poderes e os indivíduos de direitos, os poderes podem estar a serviço dos direitos, desde que não se faça ao ponto de confusões, o que se torna um risco em Estados ditos mais avançados constitucionalmente. Os poderes se confiam inteiramente nas mãos do Estado e isso não é um olhar histórico perverso, mas uma constatação consciente das limitações constitutivas do Estado. (CLAVERO, 2011, tradução nossa).

Foi com essa percepção que foram estudadas as peças eletrônicas da ADI n.º 3.239 com início em 12 de junho de 2017 e término em 10 de fevereiro de 2018. As peças foram analisadas e fichadas a fim de se compreender as lutas simbólicas presente nos autos para além das argumentações normativas, haja vista que a questão em jogo era a construção e atribuição de sentido à própria norma do art. 68 do ADCT e, portanto, verificaram-se os jogos de força, visões distintas de mundo e disputas pela definição de quilombo conceito este que está totalmente imbricado com o direito de autodeterminação desses povos, pelo que se reduzindo ou ampliando-se o conceito efetivar-se-ia em maior ou menor grau o direito de autodeterminação. (BRASIL, 2018).

Ao todo foram lidos 170 itens, sendo certo que entre estes estão despachos de mero expediente, juntadas de documentações diversas, como, por exemplo, procurações, notas públicas, moções de repúdio, entre outros. Em que pese a leitura, os fichamentos se destinaram as principais peças do processo entre as quais a petição inicial, as manifestações da Advocacia Geral da União (AGU) e Procuradoria Geral da República (PGR), as 22 peças redigidas pelos *amicus curiae* que foram admitidos no processo, os 27⁷² requerimentos para a realização de audiência pública, as moções públicas, notas de repúdio à ADI, notas da ABA, entre outras peças. (BRASIL, 2018).

No pleno do STF, o processo foi julgado em quatro sessões plenárias, todas elas assistidas e fichadas, sendo que a primeira delas ocorrera em 18 de abril de 2014, aproximadamente 8 anos depois da distribuição do processo ao Ministro Relator Cezar

⁷² Há duplicidade de um requerimento de audiência pública (itens 97 e 103).

Peluso. Nessa plenária foi lida a peça inicial e apresentado aos demais Ministros o conteúdo da ação e ato seguinte fora proferido o voto do Relator, sendo que a Ministra Rosa Weber que votaria seguidamente pediu vista do processo em razão de dúvidas sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003. (BRASIL, 2018).

A segunda plenária aconteceu em 25 de março de 2015 em que a Ministra Rosa Weber proferiu o seu voto, sendo que logo após pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. A terceira aconteceu mais de dois anos depois, em 9 de novembro de 2017 em que o Ministro vistor, Dias Toffoli, proferiu o seu voto, mas ocorre um novo pedido de vista pelo Ministro Edson Fachin ao mesmo argumento de se analisar melhor as questões presentes no processo por se tratarem de questões estruturais. A quarta sessão plenária ocorreu em 8 de fevereiro de 2018 em que votou o Ministro Luiz Edson Fachin, sendo seguido pelos demais, quais sejam os Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e por fim a Ministra Presidente do STF Carmen Lucia. (BRASIL, 2018).

Nos próximos itens serão trazidos os principais argumentos em torno do conceito de quilombo que, por sua vez, é transversal no processo em estudo. A partir da análise das principais peças tenta-se perceber as representações dos agentes envolvidos sobre o que é quilombo e os conceitos disponíveis no processo. Do mesmo modo, a partir da análise dos votos dos ministros proferidos nas sessões plenárias buscar-se-á perceber a assimilação do conceito contemporâneo de quilombo que é conteúdo do direito de autodeterminação quilombola ou a representação de continuidade das características do conceito colonial de 1740, o que por sua vez desloca para um passado histórico os quilombos do Brasil. A verificar pelo tempo do processo e a fragmentação das audiências vê-se tratar de trajetória descontínua da institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, também no âmbito do Poder Judiciário.

3.2.1 A Denúncia da Bancada Ruralista: petição inicial e a classificação constitucional hierárquica de quilombo

A petição inicial ajuizada pelo, à época, Partido da Frente Liberal, atual Democratas, veicula, dentre outras, cinco importantes impugnações em relação ao Decreto n.º 4.887 de 2003, sendo estas: a) inconstitucionalidade formal⁷³ do decreto presidencial; b) inconstitucionalidade do critério de autoatribuição para caracterização de grupos étnicos como

⁷³ Essa inconstitucionalidade alegada não será objeto de análise, até porque foi superada pela maioria dos ministros. A análise material das inconstitucionalidades alegadas é que será objeto de abordagens.

quilombolas⁷⁴ – direito de livre determinação coletiva; c) inconstitucionalidade da inclusão das terras destinadas às comunidades quilombolas das áreas destinadas à sua reprodução física, social, econômica e cultural, mediante indicação das comunidades – territorialidade⁷⁵; d) inconstitucionalidade da desapropriação⁷⁶ das áreas particulares reconhecidamente terras quilombolas, quando necessário; e) inconstitucionalidade de eventuais titulações de terras às comunidades que não ocupavam os quilombos na data da promulgação da CR/88, isto é, o marco temporal⁷⁷. (BRASIL, 2018).

Essas alegações de inconstitucionalidade estão diretamente implicadas com o conceito de quilombo e seus elementos principais elementos, quais sejam, a etnicidade e territorialidade. Consequentemente, as ditas inconstitucionalidades atacam frontalmente o direito de autodeterminação coletivo das comunidades remanescentes, representando as alegações da inicial uma visão eurocêntrica em relação às comunidades de quilombo ao ficar clara a reificação impregnada nas palavras redigidas que as concebem como fato histórico passado e superado, remanescendo alguns de seus membros, segundo percebe-se da mesma peça.

Sem embargo, trata-se de argumentação jurídica que traduz abordagens historicistas de quilombo de certo modo compreensível ao se tomar em conta a prevalência da perspectiva progressista que predomina no direito, decorrência do ensino jurídico, em especial, do ensino da história do direito por juristas que não raro fazem abordagens evolutivas dos processos

⁷⁴ “[...] O Decreto n.º 4.887/2003 elege como critério essencial para a identificação dos remanescentes titulares do direito a que se refere o art. 68 do ADCT a atuo-atribuição. Em outras palavras, o texto regulamentar resume a rara característica de remanescente das comunidades quilombolas numa mera manifestação de vontade do interessado. [...] À toda evidência, submeter a qualificação constitucional a uma declaração do próprio interessado nas terras importa radical subversão da lógica constitucional. Segundo a letra da constituição, seria necessário e indispensável comprovar a remanescente – e não a descendência – das comunidades dos quilombolas para que fossem emitidos os títulos.” (BRASIL, 2018).

⁷⁵ “[...] A caracterização das terras a serem reconhecidas aos remanescentes das comunidades quilombolas também enfrenta problemas ante a sua excessiva amplitude e sujeição aos indicativos fornecidos pelos respectivos interessados. [...] Parece evidente que as áreas a que se refere a Constituição consolidam-se naquelas que, conforme estudos históricos antropológicos, constatou-se a localização efetiva de um quilombo. Desse modo, descabe, ademais, sujeitar a delimitação da área aos critérios indicados pelos remanescentes (interessados) das comunidades dos quilombos. [...] Sujeitar a demarcação das terras aos indicativos dos interessados não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição.” (BRASIL, 2018).

⁷⁶ “[...] Segundo o Decreto n.º 4.887/2003, caso as terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas localizem-se em área de domínio particular, cabe ao INCRA proceder a sua desapropriação. [...] Ante o enunciado constante do art. 68 do ADCT, descabe ao Poder Público desapropriar a área, visto que a propriedade decorre diretamente da Constituição. [...] Ou seja, não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombolas, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações.” (BRASIL, 2018).

⁷⁷ “[...] Ademais, somente fazem jus ao direito, os remanescentes que estivessem na posse das terras em que se localizavam os quilombos no período da promulgação da Constituição. De outra parte somente tem direito ao reconhecimento [...] o remanescente que tinha e demonstrava, à época da promulgação do texto constitucional, real intenção de dono.” (BRASIL, 2018).

históricos. Todavia, adverte Bartolomé Clavero (2011, tradução nossa) que não se mostra suficiente dominar o direito contemporâneo no próprio campo jurídico, uma vez que seu conhecimento exclusivo pode representar obstáculo para a história com sua forte carga ideológica haja vista ser uma característica do direito de matriz ocidental presumir “raízes profundas no passado e ramos exuberantes no presente e no futuro.”.

A concepção simplesmente normativa do direito que utiliza a história como um instrumento para traçar a evolução do direito até o seu momento atual, especialmente no Ordenamento Jurídico brasileiro, quase sempre deixa de considerar os antagonismos que consistem na negação da posição dos povos quilombolas dentro do sistema de diferenças no contexto da cultura hegemônica⁷⁸ nacional aqui concebida como uma espécie de equilíbrio instável, mas consolidada nas instituições. (LIMA DA SILVA, 2017, pp. 45-47).

De toda forma, importa destacar, desconhecimentos à parte, que a questão de relevo trazida para o processo judicial da ADI n.º 3.239 traduz-se na configuração histórico-antropológica do conceito de quilombo e de seus integrantes em comparação com o conceito jurídico trazido pelo art. 68 do ADCT, Convenção n.º 169 da OIT e Decreto n.º 4.887 de 2003, além das noções socioeconômicas, conforme amplamente trazidas no capítulo 2.

Não é demais lembrar que o pedido inicial retoma, no processo em questão, uma antiga disputa que envolve a política de distribuição⁷⁹ capitalista de terras no Brasil que tem como marco normativo a Lei de Terras de 1850 que obviamente não incluía os negros ou os povos quilombolas, estes à época, criminosos, sendo que mesmo com a abolição da escravidão não houve qualquer política antirracista voltada para a redistribuição econômica dos bens materiais da sociedade brasileira aos negros, sendo essa uma das razões de negação do acesso às terras aos povos quilombolas. Nesse sentido, mais que silenciamentos normativos, tem-se que a “[...] lei de abolição não se referiu aos quilombos, mas a lei de terras, nas entrelinhas, os proibia.”. (WOLKMER et. al., 2016, p. 8).

Percebem-se, portanto, abordagens que traduzem a forma de racionalidade predominante no direito ao que Boaventura de Sousa Santos nomina razão metonímica, que se coloca como um modo de racionalidade exclusivo e digno de credibilidade e, conseqüentemente, não se propõe a perceber e descobrir outras formas de racionalidade,

⁷⁸ “Denomina-se relação hegemônica a relação em que certa particularidade assume a representação de uma universalidade inteiramente incomensurável com a particularidade em questão.” (LIMA DA SILVA, 2017, p. 46).

⁷⁹ Lembrando que não se trata de um caso concreto envolvendo o direito de propriedade entre partes.

sendo que quando isso ocorre as outras racionalidades são tornadas em matéria prima. (2010, pp. 95-96).

O autor da ADI ao impugnar o direito de autodeterminação dos povos quilombolas, traz argumentos que expressam uma ideia de “totalidade sob a forma da ordem”, característica da razão metonímica a partir da incompreensão, principalmente, dos critérios de autoatribuição para configuração coletiva das comunidades quilombolas, bem como da participação dos próprios povos na demarcação e delimitação dos territórios. Ao reclamar a classificação quilombola a partir da Constituição de 1988, no sentido atribuído pelo autor da ação, percebe-se a incompreensão de que a totalidade nacional é heterogênea porque composta não somente por indivíduos diferentes, mas por grupos étnicos diferentes que são sujeitos de direitos coletivos, sendo que homogeneidade nacional invocada produziu inexistência dos povos quilombolas por aproximadamente 500 anos. (SOUSA SANTOS, 2010, p. 97).

A naturalização da ideologia da propriedade privada como a única forma possível de acesso a terras no Brasil nega a ideia da existência de propriedade comunal ou outra forma de aquisição da propriedade. As insurgências quanto às possíveis desapropriações que, frisem-se, ocorrerão mediante indenização, se for o caso, refletem também essa forma de pensamento unívoco da razão metonímica ao não admiti-las para os casos quilombolas. Infere-se, do mesmo modo, que há preocupações excessivas induzindo que o decreto abriria as portas para fraudes e um apossamento sem precedentes de terras particulares.

O Decreto n.º 4.887 de 2003 não traz mecanismos jurídicos não passíveis de controle pelo Estado, participando este de todas as fases do procedimento para a demarcação e delimitação das terras quilombolas, pelo que o ato normativo atacado não é o único procedimento estabelecido, havendo outros a exemplo da Instrução Normativa n.º 57 que estabelece em seu art. 10º um extenso rol de verificações pelas agências estatais incumbidas de acompanharem e efetivarem o direito previsto no art. 68 do ADCT. Assim o pedido inicial traz inconformismos com novas realidades jurídicas a respeito da política de terras para os povos quilombolas que a duras penas agenciaram a institucionalização do direito no Ordenamento Jurídico brasileiro. (BRASIL, 2018).

A exordial concede um tratamento entre partes iguais – garantida a igualdade pelas normas constitucionais processuais – disputando um direito de propriedade em típica dicotomia normativa que combina “a simetria com a hierarquia”. Essa relação horizontalizada permitida pelo direito, na verdade, dissimula a relação vertical social entre aqueles que detêm

o monopólio das terras no Brasil e os povos quilombolas que reivindicam alguns espaços territoriais que lhes foram negados desde sempre em razão da subordinação institucional nas estruturas de poder da sociedade nacional, não sendo demais lembrar que nem todos os territórios quilombolas recaem sobre propriedade privada, não se podendo induzir que o simples fato da previsão do direito fomentará intensos conflitos agrários. (SOUSA SANTOS, 2010, pp. 97-98).

As simetrias que ocultam hierarquias podem ser observadas, igualmente, no tratamento cultural destinado às comunidades remanescentes de quilombo, ao destacar o autor da ação a rara característica de remanescente de quilombo. Se as comunidades quilombolas ainda existem é na forma de reminiscências, devendo serem buscados os seus vestígios físicos. Depreende-se, da mesma forma, que se por acaso alguns dos seus membros, descendentes diretos dos quilombos formados em 1888, ainda vivem, deve-se conceder o título a essas comunidades tradicionais, pelo que a dicotomia cultura tradicional, no sentido de arcaica, salta aos olhos em relação à cultura nacional em seu aspecto civilizatório. (SOUSA SANTOS, 2010, pp. 97-98).

Outro aspecto importante depreendido das impugnações é a visão contraída do presente social que, certamente, expressa as influências do paradigma progressista histórico de matriz colonial que em nome do crescimento, produção e enriquecimento nacionais ocultam diversas experiências sociais (SOUSA SANTOS, 2010, pp. 100-101) quilombolas que são modelos de sociedade que apresentam riquezas. Esses povos ao lutarem por seu direito de autodeterminação, tendo como resultado a institucionalização nos Poderes Executivo e Legislativo, apontam para um paradigma de coexistência entre os grupos formadores da sociedade brasileira, o que denota uma forma de racionalidade social menos arrogante⁸⁰ que a oferecida pela razão metonímica, eurocêntrica por excelência.

O ato normativo impugnado que atribui o sentido histórico-antropológico e socioeconômico de quilombo ao art. 68 do ADCT oferece contribuição que extrapola o fenômeno jurídico-normativo e propõe uma experiência do presente social mais rica e plural, como alternativa à insistência de se buscar e manter um presente pretensamente homogêneo carregado de exclusões e, portanto, de experiências pobres decorrentes da desvalorização arrogante das diversidades sociais.

⁸⁰ No sentido de se colocar como a única forma de racionalidade credível, em detrimento de outras.

Os povos quilombolas em seu processo de luta pela sobrevivência nas terras ocupadas apontam percursos alternativos ao atual paradigma hegemônico de estrutura social que os oprimem, sendo que nessas trajetórias pela visibilidade e nas reivindicações do direito de autodeterminação visualiza-se a sustentabilidade como um ideal, também presente nas lutas dos povos indígenas e outros povos tradicionais, o que faz dos quilombolas “[...] protagonistas da ruptura com o modelo de desenvolvimento econômico predatório capitalista.”. (LIMA DA SILVA, 2017, p. 54).

Assim as impugnações aventadas na inicial da ADI 3.239, especialmente as alegações de inconstitucionalidade material que dizem respeito aos elementos constitutivos – autoatribuição, etnicidade, territorialidade – do direito de autodeterminação dos povos, dissimulam processos sociais de subordinação nas estruturas de poder. A simetria de igualdade processual entre grupos pretensamente em mesmo nível hierárquico social oferece perigos aos povos quilombolas que pela força inerente ao direito estatal poderiam deixar de acederem a um *status* de efetiva igualdade participativa com outros grupos integrantes da sociedade nacional.

Acatado o pedido como proposto pelo autor da ação o Direito seria mais uma vez, como fora em 1740, instrumento de reprodução da não existência dos povos quilombolas, representando uma forma única de racionalidade jurídica racista. Essas impugnações são impregnadas de cinco lógicas de produção de inexistência decorrentes da ideia monocultural de racionalidade, sendo que dessas, quatro podem ser percebidas sem maiores dificuldades. São lógicas de classificação social que expressam a cultura e o poder dominantes em relação a indivíduos ou outras formas de sociedade cujas particularidades culturais ou socioeconômicas se distanciam dos padrões estabelecidos.

Acerca dos povos quilombolas, na exordial, a monocultura do saber jurídico é flagrante e transversal a todas as impugnações, uma vez que a dogmática utilizada para a interpretação dos dispositivos do decreto questionado consideram modos únicos de produzir conhecimento no direito, sendo apresentada a necessidade de um rigor semântico historicista para classificar os remanescentes, que não são os descendentes. (SOUSA SANTOS, 2010, pp. 102-103). Analisando o campo jurídico como um cânone justifica-se os rigores interpretativos pelo fato de o direito de autodeterminação dos povos quilombolas ainda não o integrar, sendo que a ADI n.º 3.239 concentra a controvérsia referente a sua institucionalização no Ordenamento Jurídico. Dessa forma, uma maneira de obstaculizar ou impedir a entrada desse

direito para o cânone jurídico é invocar normas existentes para manter em invisibilidade povos inexistentes.

A classificação social aparece como outra lógica que atribui inexistência à “intencionalidade da hierarquia social”, sendo que o controle e dominação sociais das comunidades remanescentes de quilombo são apreendidos como consequência natural e não como causas da hierarquia social imposta e, nesse ponto, merece destaque a classificação racial cujas consequências subalternizantes persistem sobre os remanescentes sobre os quais recai o ônus de lutarem pela sua desinstitucionalização, interferindo no processo civilizatório que os inferiorizam. (SOUSA SANTOS, 2010, pp. 103-104).

As tentativas de restrição do conceito de quilombo concebendo-os como vestígios existentes de ocupações históricas pretéritas dissimulam os interesses de segmentos da população nacional amparados restritivamente em propósitos capitalistas de meados do século XIX, lembrando que a Lei de Terras n.º 601 de 1850 foi editada para acabar com os antigos modos de ocupação das terras, tendo estas, a partir de então, valor de mercado, garantindo renda também a partir da exploração e dominação do trabalho. Nesse contexto os escravos e negros livres deveriam ser “afastados da terra e dos meios de subsistência e afastados da propriedade desses meios.”. (GADELHA, 1989, p. 161).

Nesse sentido, a lógica produtivista se faz perceber na petição inicial da ADI 3.239 ao se ignorar a existência presente dos quilombos como comunidades produtivas no aspecto cultural, social e econômico, todavia com modos diferentes de produção que não são orientados, apenas, pela ideia de maximização dos lucros e pela exploração do trabalho na terra. São povos que vivem nas terras, com formas próprias de uso, cultivo e manejo do solo, não sendo vista como simples mercadoria. (SOUSA SANTOS, 2010, p. 104).

A alegação de inconstitucionalidade de eventuais titulações de terras às comunidades que não ocupavam os quilombos na data da promulgação da CR/88 é um argumento que possui elementos que encerram as comunidades no passado histórico do Brasil, traduzindo-se numa manifestação simbolicamente violenta que sentencia definitivamente o destino dos remanescentes, qual seja a integração nacional. Retoma-se aqui a discussão do marco temporal que era previsto no decreto anterior ao ora impugnado, lembrando que naquele Decreto n.º 3.912 de 2001 havia praticamente uma declaração estatal de inexistência definitiva das comunidades de quilombo, uma vez que tinham de comprovar uma posse qualificada de cem anos de suas terras.

De todo modo, o marco temporal conforme reivindicado pelo autor da ação reproduz a lógica do tempo linear, sendo realizada uma leitura da história numa única direção que rumo ao “progresso, modernização, crescimento e desenvolvimento.”. Assim as formas de sociabilidade quilombolas não subsistem a esta leitura do tempo e por essa razão são comunidades vistas como atrasadas haja vista a assimetria que apresenta ante as formas de sociabilidade consideradas avançadas pela “norma temporal”. Nesse sentido, a contemporaneidade das comunidades quilombolas é produzida como inexistente ao argumento de sua “não-contemporaneidade” e por isso são assumidas como existentes apenas enquanto resíduos históricos. (SOUSA SANTOS, 2010, p. 102-103).

Pelas interpretações mencionadas, as comunidades que foram vítimas de desapossamento forçado de suas áreas e que, portanto, não as ocupavam na data da promulgação da Carga Magna, não terão direito ao território. Igualmente aquelas comunidades que nessa data, por outras razões, haviam deixado o território voluntariamente e que manifestem o desejo de retornar estariam impedidas de fazê-lo, servindo a norma temporal como instrumento jurídico eficaz na manutenção do estatuto social subalterno em relação aos remanescentes.

Portanto, percebe-se que a petição inicial do processo em estudo é informada por um modo de pensar hegemônico residual dos períodos colonial e imperial que insiste conceber a sociedade nacional nos termos clássicos do Estado-nação, ignorando os antagonismos sociais que conferiram aos povos quilombolas um *status* de subordinação institucional difícil de reverter, pelo que representa inconformismos com a possibilidade de concretização de uma nova hegemonia que proponha os ideais de coexistência entre segmentos étnicos dentro dos limites nacionais ao se negar o direito de autodeterminação coletiva das comunidades remanescentes.

Conscientes de sua dominação, as lutas dos povos quilombolas contribuíram para a inclusão dos arts. 68 do ADCT e arts. 215 e 216 na CR/88, apontando para uma hegemonia emergente que os incluíssem nas estruturas culturais e socioeconômicas do Brasil, e mostraram, igualmente, que as hegemonias jamais são totais, tanto no sentido das relações de poder, quanto no sentido psicológico, e nesse sentido se consagram como protagonistas de suas próprias histórias e contribuem para um repensar do processo civilizatório do país a partir da riqueza de suas próprias experiências. (ORTNER, 2007, p. 26).

3.2.2 Manifestação do Presidente da República e Pareceres da AGU e da PGR

Seguindo o rito do art. 12 da Lei n.º 9.868 de 1999 o relator do processo determinou a manifestação do Presidente da República, o réu da ação, no prazo de 10 dias e, sucessivamente, as manifestações do Advogado Geral da União (AGU) e do Procurador Geral da República (PGR), no prazo de cinco dias. Após o ritual previsto o processo seria submetido ao Pleno do STF para julgamento definitivo da ação. Havia pedido de medida cautelar na inicial que foi indeferido pelo relator, mas de todo modo o processo deveria ser julgado com urgência haja vista o significado especial da matéria para a ordem social e segurança jurídica, pressupostos previstos no mesmo artigo da mencionada Lei. (BRASIL, 2018).

Optou-se pela abordagem conjunta das manifestações⁸¹ do Presidente da República, do AGU e do PGR neste mesmo tópico diante das similaridades das alegações entre as três peças, sendo que as duas últimas seguem em muitos pontos o primeiro parecer elaborado pela assessoria jurídica da presidência, a Advocacia Geral da União. Insta consignar que foram feitos os fichamentos integrais das mencionadas peças jurídicas que trouxeram inúmeros assuntos jurídicos relacionados às alegadas inconstitucionalidades formal e material do Decreto n.º 4.887 de 2003, sendo que este item se aterá aos principais argumentos atinentes às impugnações de inconstitucionalidade material, feitas pelo autor da ação.

Dessa forma, pretende-se demonstrar como os agentes jurídicos integrantes dessas estruturas estatais interpretaram e representaram a questão em torno do Decreto n.º 4.887 de 2003 e do art. 68 do ADCT que diz respeito ao conceito de quilombo e consequentemente ao direito de autodeterminação dos povos quilombolas previstos no Ordenamento Jurídico brasileiro, a partir da ratificação da Convenção n.º 169 da OIT.

No âmbito da AGU órgão que elaborou a manifestação do Presidente da República, além de sua participação em parecer específico, por força do art. 12, percebeu-se uma mobilização na hierarquia interna envolvendo Procuradores Federais, Advogados da União e o Consultor Geral da União a fim de se construir argumentos jurídicos na interpretação do decreto presidencial impugnado. Em que pese as discussões do grupo de trabalho cujo resultado final culminou com a edição do Decreto n. 4.887 de 2003 terem ocorrido no âmbito da Presidência da República, a percepção é de que o tema ainda parecia estranho, o que

⁸¹ Itens 6, 7 e 8 do processo.

demonstra o processo lento e gradual da incorporação nas estruturas estatais dos instrumentos jurídicos que visam atribuir paridade participativa aos povos quilombolas. (BRASIL, 2018).

Nesse contexto é que a AGU buscou trazer para a base argumentativa da defesa do decreto questionado as contribuições da antropologia para a atualização do conceito de quilombo, pelo que se recorre inicialmente ao conceito da ABA que insere os elementos etnicidade e territorialidade, além de atribuir o sentido mais amplo à terminologia *remanescentes*. Há justificativas da necessidade de diálogo do campo jurídico com as outras áreas do conhecimento para que a questão da ADI n.º 3.239 não seja analisada apenas com base na dogmática jurídica. (BRASIL, 2018).

Dessa forma os critérios de autoatribuição étnica para a configuração dos grupos, bem como a autoatribuição quilombola entram para argumentação como metodologias avançadas defendidas pela antropologia na configuração de grupos étnicos. Para a explicação de que o conceito de quilombo fora atualizado e são vistos na contemporaneidade como grupos étnicos fizeram-se referências a autores como Fredrik Barth e Alfredo Wagner Berno, ambos referidos no capítulo 2 ao se abordar as definições de quilombo a partir da ótica das próprias comunidades em relação com outras, inclusive com a sociedade envolvente, e não a partir de classificações externas arbitrárias. (BRASIL, 2018).

A Convenção n.º 169 da OIT é recuperada como argumento jurídico suficiente a dar sustentação aos critérios de autoatribuição quilombola ao ser mencionado o art. 2º desse pacto internacional que prevê a consciência da identidade étnica para a configuração de grupos étnicos dentro de territórios nacionais, destinatários de direitos humanos individuais e coletivos, notadamente o território. A este respeito, percebem-se as referências ao conceito de territorialidade previsto no mesmo convênio internacional que segundo a ótica antropológica propõe nova avaliação semântica ao termo para que se atenda aos desígnios constitucionais de efetivação do direito previsto no art. 68 do ADCT. (BRASIL, 2018).

A possibilidade de desapropriação é defendida quando for necessária à garantia de efetivação do direito constitucional previsto, sendo resgatado que haverá casos em que o instituto funcionará como recuperação do direito e dignidade de comunidades que foram expropriadas de seus territórios, notadamente quando a formação da identidade coletiva quilombola ocorrerá com base na confrontação externa com garimpos, grandes propriedades agrícolas e fazendas. (BRASIL, 2018).

O marco temporal em 5 de outubro de 1988, para somente titular as terras às comunidades quilombolas que estivessem ocupando suas terras na promulgação da CR/88, também foi rechaçado nas manifestações elaboradas pela AGU, recuperando a memória, inclusive, de que o Decreto n.º 3.912 de 2001 o previa, tendo sido este ato normativo revogado pelo decreto impugnado, pelo que se trouxe extensa fundamentação para demonstrar o despropósito de se inserir um marco temporal no conceito de quilombo que serviria para reificá-los em um passado histórico e, conseqüentemente, perpetuando a opressão. (BRASIL, 2018).

O parecer do PGR, no tocante às alegadas inconstitucionalidades materiais, segue os pareceres elaborados pela AGU pugnando pela conformidade constitucional dos critérios de autoatribuição e desapropriação. O despropósito do estabelecimento de um marco temporal também fora levantado, sendo que, em síntese, argumentou-se no sentido de se definir o conceito jurídico de quilombo com base na atualização proposta pela antropologia, conforme já visto. (BRASIL, 2018).

Um aspecto importante que é compartilhado nas três peças diz respeito ao tratamento destinado à autoatribuição apenas como critério metodológico da ciência antropológica e nesse sentido fundamentou-se que a rigor não haveria uma inconstitucionalidade por não se ter um direito para se questionar. Nesse ponto, em que pese a citação da Convenção n.º 169 da OIT, espécie legislativa que inaugura no Brasil o direito de autodeterminação de grupos étnicos, percebe-se que não há clareza acerca do que se está tratando. Fala-se dos elementos constitutivos do direito de autodeterminação coletiva dos quilombolas, mas não há uma apropriação expressa desse direito nas razões argumentativas de defesa. (BRASIL, 2018).

Portanto, percebe-se nos três pareceres um esforço para a fundamentação jurídica pela constitucionalidade material dos dispositivos atacados que leva em consideração uma perspectiva interdisciplinar entre a ciência jurídica, a História e a Antropologia como um pressuposto de não tornar a norma constitucional do art. 68 do ADCT letra morta, sendo proposta a abertura hermenêutica do dispositivo. Não obstante, em que pese todo o esforço interpretativo e transdisciplinar, percebeu-se a incipiência dessas práticas dialógicas que ainda não são incorporadas no ensino jurídico, refletindo na atuação dos agentes do campo como um todo. Conseqüentemente, a pluralidade cultural e a coexistência propostas pela Carta Magna de 1988, que significam igualdade efetiva de participação nas estruturas de poder, ainda não foram assimiladas nas instituições jurídicas, mas há alguns agentes preocupados

com a questão e colaboram, junto com os povos quilombolas, nas tentativas de efetivação da ordem social proposta. (BRASIL, 2018).

Todavia não basta, para institucionalização da paridade participativa dos quilombolas, a agência individual de alguns embora sejam muito importantes, pelo que é preciso considerar a proposta da antropologia contemporânea transversal nas peças abordadas que aponta para a consideração da igualdade efetiva dos povos quilombolas no tempo presente, como coletivos com direito de autodeterminação própria sem referências necessárias que insistem em recoloca-los em um tempo passado atrasado, pensamentos estes que demonstram uma baixa densidade cultural do campo jurídico brasileiro, incluindo a CR/88, leis, atos normativos e agentes dispostos. De outro modo, não será possível se instituir de fato uma cultura universal de direitos humanos, mas continuaremos a expressar uma consciência de sua necessidade e a continuidade de sua inexistência. (CLAVERO, 1994, p. 154, tradução nossa).

É necessário ter em conta que a contribuição antropológica no processo em questão não trata de apresentar realidades presentes da sociedade brasileira para conhecê-las, tipificá-las e hierarquizá-las normativamente e a partir disso operar com um modelo típico do conceito de quilombo, sendo que as contribuições dessa ciência na ADI n.º 3.239 não podem ser tratadas a partir de categorias jurídicas consideradas adequadas ou não, pelo que se trata de mostrar uma realidade presente que são as comunidades remanescentes de quilombo autodefinidas e nesse ponto reside o desafio de compatibilização entre a cultura jurídica predominante com as culturas das diversas comunidades quilombolas espalhadas em todo o território nacional.

3.2.3 Audiência pública e os *amicus curiae*

Os institutos jurídicos da audiência pública e dos *amicus curiae* estão previstos na lei de regência das ações diretas de inconstitucionalidade, nos artigos 7º, § 2º e art. 9º, § 1º, da Lei n.º 9.868 de 1999, conforme registramos linhas acima. (BRASIL, 2018). Por se tratar de um processo em que não há partes disputando um objeto concreto, a participação dos interessados em contribuir a favor ou contra a constitucionalidade alegada se realiza, especialmente, através dessas duas previsões presentes na lei mencionada apreendidas aqui como algumas das armas simbólicas enquanto recursos jurídicos disponíveis para as lutas simbólicas entre os interessados em fazer prevalecer as suas visões de mundo no conteúdo prático do direito previsto no art. 68 do ADCT, a partir do veredito final da Suprema Corte. (BOURDIEU, 1989, p. 224).

Os requerimentos de audiência pública foram protocolados por interessados na declaração de inconstitucionalidade e na declaração de constitucionalidade; por representantes com interesses afinados com o autor da ação e com os interesses alinhados aos dos povos quilombolas. Das 27 petições para a realização de audiência, 26 foram de representantes interessados no pronunciamento da constitucionalidade do decreto presidencial⁸² e 1 foi solicitado pelos representantes que pugnavam por sua retirada do Ordenamento Jurídico⁸³. (BRASIL, 2018).

A maioria dos requerimentos foram, por assim dizer, favoráveis ao Decreto n.º 4.887 de 2003, sendo que se percebeu grande mobilização de agências mediadoras que já acompanhavam as lutas políticas quilombolas na sociedade e nos âmbitos do Poder Legislativo e Executivo. Sejam associações representativas das comunidades de quilombo em âmbito estadual ou federal, sejam partidos políticos, organizações e movimentos da sociedade civil de finalidades associativas rural, religiosa ou ambiental, bem como agências estatais, o fato é que agora esses mediadores se posicionavam por meio de seus advogados no campo jurídico, perante a Suprema Corte, contribuindo para a transformação dessas lutas políticas no direito de autodeterminação. (BRASIL, 2018).

As propostas da maioria dos requerentes, de um modo geral, eram no sentido de se proporcionar o amplo debate sobre os direitos territoriais quilombolas sendo a realização de

⁸² Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – CONAQ (item 22); Centro de Cultura Negra do Maranhão – (item 23); Associação dos Servidores da Reforma Agrária – ASSERA (item 25); KOINONIA (item 29); Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais da Bahia – AATRB, Centro de Assessoria Popular Mariana Criola; Centro de Cultura Luiz Freire; Centro pela Moradia contra Despejos – COHRE, Comissão Pastoral da Terra de Pernambuco, Comissão Pastoral da Terra da Paraíba, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Conectas Direitos Humanos, Conselho Pastoral dos Pescadores da Bahia, Dignitatis – Assessoria Técnica Popular, Grupo de Trabalho de Combate ao Racismo Ambiental, Instituto Pólis, Instituto Socioambiental – ISA, Justiça Global, Koinonia, Terra de Direitos, Associação de Apoio aos Assentamentos e Comunidades Afrodescendentes – AACADE, Coordenação Estadual das Comunidades Negras Quilombolas da Paraíba, petição conjunta (item 30); Comissão Pró-Índio de São Paulo (item 34); Associação Comunitária Kilombo da Família Silva – ACKFamília, Movimento Negro Unificado – MNU, Instituto de Assessoria das Comunidades Remanescentes de Quilombo – IACOREQ, petição conjunta (item 36); Comissão Pastoral da Terra – Regional 2 (item 37); Gabinete da Segunda Vice-Presidência do Senado (item 43); Ministério Público Federal – MPF (item 49); Advocacia Geral da União – AGU (item 50); Estado do Paraná (item 54); Grupo de Trabalho de Combate ao Racismo Ambiental (item 64); Centro de Assessoria Popular Mariana Criola (*sic*), (item 65); Fórum Cearense de Mulheres (item 66); Estado do Pará (item 70); Instituto Pro Bono, Conectas Direitos Humanos e Sociedade Brasileira de Direito Público, em requerimento conjunto (item 71); Núcleo de Extensão Popular Flor de Mandacaru (item 72); Associação de Apoio aos Assentamentos e Comunidades Afrodescendentes – AACADE (item 73); Comissão de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba – CDHUFPA (item 74); Dignitatis – Assessoria técnica popular (item 76); Frente Parlamentar em Defesa dos Quilombos (item 81); União de Negro pela Igualdade – UNEGRO (item 83); Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (item 84); Francisco de Assis: Educação, Cidadania, Inclusão e Direitos Humanos – FAECIDH, Educação para Afrodescendentes e Carentes – EDUCAFRO (item 97); Frente Nacional de Defesa dos Territórios quilombolas e ACKFamília (item 101);

⁸³ Confederação da Agricultura e Pecuária – CNA (item 17).

audiência pública fundamental para os esclarecimentos sobre o conceito contemporâneo de quilombo, além de ser o único meio pelo qual alguns representantes diretos de comunidades de quilombos poderiam falar na ADI n.º 3.239 e, portanto, participarem diretamente no processo de decisão judicial que lhes dizem respeito.

Todavia, não houve decisão deferindo ou indeferindo quaisquer pedidos antes da primeira plenária e nesta o relator do processo, ao proferir o seu voto, indeferiu os pedidos por não ter identificado razões que justificassem a realização de audiência pública e os requerimentos continuaram, mas não houve apreciação, tampouco a realização de audiências, sendo que essa postura mostra um pouco como acontece, no campo jurídico, as disputas pelo monopólio de dizer o direito. (BRASIL, 2018).

Mobilização semelhante no processo judicial em análise foram os pedidos de ingresso como *amicus curiae*, ou amigos da corte, uma espécie de intervenção de terceiros interessados no deslinde da controvérsia constitucional levada ao Supremo. Constam registrados 33 pedidos⁸⁴ de ingressos distribuídos em 19 petições⁸⁵. Desses, 25 pedidos foram deferidos porque ajuizados até a inclusão do processo em pauta para julgamento em abril de 2010, sendo que as petições para participação ajuizadas após essa data foram indeferidas pelo relator da ação. (BRASIL, 2018).

Foram lidas e fichadas as 19 petições para ingresso no processo judicial da ADI n.º 3.239 de terceiros interessados em contribuir com o STF acerca das questões levadas pelo autor da ação, tanto no aspecto da constitucionalidade formal, quanto material do Decreto n.º 4.887 de 2003. Ressalte-se, contudo, que as atenções se voltaram especificamente para a

⁸⁴ **Pedidos de ingresso como *amicus curiae* deferidos:** Centro pelo Direito à Moradia Contra Despejos – COHRE, Centro de Justiça Global, Instituto Socioambiental – ISA, Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais – POLIS, Terra de Direitos, petição conjunta (item 10); Federação dos Trabalhadores na Agricultura – FETAGRI (item 11); Estado de Santa Catarina (item 14); Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA (item 15); Confederação Nacional da Indústria – CNI (item 16); Associação Brasileira de Celulose e Papel – BRACELPA (item 18); Sociedade Rural Brasileira – SRB (item 20); Centro de Assessoria Popular Mariana Criola e KOINONIA Presença Ecumênica e Serviço, petição conjunta (item 42); Instituto Pró-Bono, Conectas Direitos Humanos, Sociedade Brasileira de Direito Público, petição conjunta (item 45); Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá – AQUBPI, Associação de Moradores Quilombolas de Santana – Quilombo de Santana, Coordenação de Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul, petição conjunta (item 46); Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA (item 51); Estado do Paraná (item 53); Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (item 55); Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA, Clube Palmares de Volta Redonda – CPVR (item 60); Município de Nova Iguaçu – RJ (item 98);

Pedidos de ingresso como *amicus curiae* indeferidos: Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI/UFMG, Federação N’GOLO, Escritório de Direitos Humanos, Programa Pólos de Cidadania da UFMG, Fórum Brasileiro de Direitos Humanos, petição conjunta (item 63); Associação dos Moradores e Agricultores Quilombolas da Comunidade Espírito Santo – AMECES (item 87); Partido dos Trabalhadores – PT (item 94); Pastoral da Terra – Regional do Maranhão (item 95).

⁸⁵ Há 5 petições conjuntas, contendo 19 pedidos, os outros 14 foram feitos em petições autônomas.

controvérsia constitucional relacionada à institucionalização, no Direito brasileiro, do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, no processo jurisdicional, a partir da discussão de seu conteúdo, qual seja, o conceito contemporâneo de quilombo que compreende as categorias remanescentes, etnicidade e territorialidade. (BRASIL, 2018).

As argumentações presentes nas peças jurídicas são divididas em fundamentações de interessados na declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do decreto presidencial e, por essa, razão, optou-se pela elaboração da síntese dessas fundamentações veiculadas nas petições e não da descrição por petição, sendo que alguns pedidos e entidades específicas poderão ser mencionados.

De início, verificou-se comum nas petições dos *amicus curiae*, contrários ao Decreto n.º 4.887 de 2003, o aspecto historicista atribuído ao conceito de quilombo e, consequentemente, a atribuição de sentido restritivo ao art. 68 do ADCT, pelo que o decreto questionado traria norma que extrapola o verdadeiro sentido da norma constitucional e por isso deve ser retirado do sistema de normas válidas por encerrar norma materialmente incompatível. Percebeu-se do mesmo modo um tom de indignação em relação ao ato normativo presidencial considerado gerador de instabilidades e insegurança jurídica e culpado pela explosão de conflitos fundiários rurais, pelo que seguem alguns exemplos. (BRASIL, 2018).

A CNI, que representara os empregadores à época dos trabalhos de revisão da Convenção n.º 107 da OIT, trouxe alegações de que o decreto questionado considera os direitos dos quilombolas como absolutos e que permitiria a retirada da propriedade de indústrias para entregar a minorias, o que levaria ao encerramento de atividades industriais, desemprego, desapropriação de terras produtivas e, consequentemente, atraso no desenvolvimento nas regiões em que essas situações ocorressem. (BRASIL, 2018).

De outro lado, a Sociedade Rural Brasileira (SRB) menciona no processo as notícias veiculadas nos meios de comunicação de possíveis fraudes na demarcação de terras quilombolas, reforçando o tom de indignação de que os procedimentos estabelecidos para a aplicação do art. 68 do ADCT são imorais. (BRASIL, 2018).

Já a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA consigna reconhecimento ao trabalho dos antropólogos que comprovaram a contemporaneidade das comunidades dos remanescentes de quilombo, mas que os estudos seriam mais adequados

para subsidiar a elaboração de leis futuras, sendo que por ora não seria adequado o seu tratamento constitucional para aplicação no presente caso. (BRASIL, 2018).

Portanto, de um modo geral, os argumentos dos *amicus curiae* pela inconstitucionalidade do ato presidencial reivindicavam a interpretação clássica de quilombo, como locais de remanescentes de escravos fugidos que ocupavam as suas terras na data da promulgação da CR/88, conforme discussão apresentada nas linhas anteriores, sendo pugnado para que a discussão saísse do plano ideológico e se voltasse para a arena propriamente do direito.

Quanto aos colaboradores na ADI n.º 3.239, que se posicionaram pela constitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003, percebeu-se que apreenderam o processo judicial em questão como a oportunidade de construção e institucionalização do direito, pelo que transformaram o que poderia se tornar um debate em torno do direito de propriedade no sentido privatista em um verdadeiro palco de denúncias históricas de opressão social sofrida pelos povos quilombolas em território nacional, pelo que as extensas petições ajuizadas tentaram recuperar ao máximo a trajetória conceitual de quilombo desde o registro criminalizador da legislação colonial de 1740, passando pelos silenciamentos jurídicos pós 1888 até o reaparecimento da categoria na Constituição de 1988.

Recuperam, do mesmo modo, a trajetória de conflitos agrários que ocorrem desde sempre envolvendo as disputas por terras em território nacional e a formação de identidades coletivas quilombolas a partir desses processos de confrontação nos quais os povos quilombolas firmaram estratégias diversas para a permanência na terra e, nesse sentido, verifica-se a menção à categoria etnicidade para reconhecer o caráter étnico dos grupos quilombolas autodefinidos, aparecendo a territorialidade como um dos diacríticos⁸⁶ marcadores das fronteiras nas comunidades Brasil afora.

Igualmente, o curso de continuidades e discontinuidades para efetivação do art. 68 do ADCT foi amplamente lembrado a partir dos registros dos debates em torno do dispositivo e das pressões dos povos e dos mediadores para a sua efetivação. Os resultados, conforme já vimos no capítulo 2, são a edição de leis, decretos e outros atos normativos que ora interrompem a fruição do direito previsto na norma constitucional, ora embaraçam e dificultam a sua efetivação tornando-o, na prática, sem eficácia.

⁸⁶ capítulo 2, item 2.3.

Denunciam a dissimulação das posições antagônicas nas estruturas de poder entre os povos quilombolas e os grandes proprietários de terras e indústrias com grandes áreas territoriais que são os insurgentes contra a política territorial quilombola trazida pela Constituição de 1988. Da mesma forma, questionam o falso debate, no processo, em torno do que é ou não comunidades de quilombo, ou as dicotomias entre remanescentes e descendentes, além das tentativas de inserção da norma temporal no conceito de quilombo.

Por essas e outras razões posicionam-se, esses amigos da corte, em defesa do Decreto n.º 4.887 de 2003 ao considera-lo, mesmo diante de suas limitações, o único instrumento normativo que cuidou de colocar em prática o comando constitucional e os dispositivos previstos na Convenção n.º 169 da OIT concedendo eficácia ao direito de autodeterminação dos povos quilombolas, incluindo todos os seus efeitos culturais e territoriais.

Além dos aspectos comuns apresentados nas petições dos *amicus curiae* favoráveis ao decreto impugnado há, em alguns casos, preocupações distintas de ordem prática, notadamente nas situações em que as Unidades da Federação haviam incorporado nas suas políticas estatais a observância do comando constitucional do art. 68 do ADCT, mesmo antes da edição do decreto federal de 2003. São exemplos dessas ocorrências na ADI n.º 3.239 de 2003 os Estados do Pará e do Paraná. (BRASIL, 2018).

A Federação dos Trabalhadores na Agricultura – FETAGRI, Estado do Pará, traz para o processo o adiantado estágio de políticas de titulação territorial quilombola do Estado do Pará no tocante ao reconhecimento, demarcação, delimitação e titulação das áreas consideradas remanescentes de quilombo, com previsão do direito às terras em sua Constituição Estadual⁸⁷ e procedimentos normativos estaduais, além de parcerias, especialmente entre o INCRA e o Instituto de Terras do Pará – ITERPA para a aceleração dos processos de reconhecimento e titulação, dando conta de mais de 27 comunidades tituladas até novembro de 2004, data do pedido de ingresso como *amicus curiae*. (BRASIL, 2018).

A efetivação do art. 68 do ADCT e do Decreto n.º 4.887 de 2003, segundo a interpretação da FETAGRI, é uma imposição dirigida aos Poderes Públicos compreendidos os Estados, Municípios e União, sendo que registra ainda que o caso do Estado do Pará é o de

⁸⁷ Art. 322 da Constituição do Estado do Pará, *in verbis*: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos no prazo de um ano, após promulgada esta Constituição.”.

muitos outros Estados da Federação que possuem normas constitucionais⁸⁸, legislativas e administrativas estaduais para dar cumprimento ao art. 68 do ADCT, sendo que eventual declaração de inconstitucionalidade representaria obstáculos para a efetivação do direito. (BRASIL, 2018).

O Estado do Paraná trouxe inegável contribuição e demonstrou a incorporação de políticas públicas estatais destinadas para muito além de uma política de titulação de terras. Justificou sua representatividade para colaborar com a questão colocada na ADI n.º 3.239 no sentido de que o Estado efetiva políticas públicas integradas de inclusão social, etnodesenvolvimento, saúde, educação, segurança alimentar, geração de renda, regularização fundiária, sendo que essas políticas vem sendo implementadas desde o ano de 2005. Consigna a invisibilidade dos povos quilombolas em terras paranaenses e que a partir da edição do Decreto n.º 4.887 de 2003 foi instituído o Grupo de Trabalho Clóvis Moura integrado por diversos órgãos estaduais, sendo que os levantamentos feitos desde o ano de 2005 até 2008, pelo grupo de trabalho, revelaram 712 famílias, totalizando 2.776 (dois mil, setecentos e sessenta e seis) habitantes em comunidades quilombolas desconhecidas, inclusive pelos municípios em que se localizavam. (BRASIL, 2018).

A conclusão da primeira fase de levantamentos realizada pelo Grupo de Trabalho Clóvis Moura resultou na publicação da obra *Paraná Negro* em que Geraldo Luiz da Silva⁸⁹ e Jayro Pereira de Jesus⁹⁰ fazem as seguintes conclusões acerca das comunidades quilombolas:

[...] Uma comunidade remanescente não é apenas um grupo humano unido, assentado sobre um pedaço de terra, no qual produz para a sua subsistência ou, em alguns casos, com a produção de excedentes que podem ser comercializados. Seu território configura-se como um espaço econômico, mas também cultural. Assim, a perda da posse ou propriedade da área historicamente ocupada não pode ser solucionada pura e simplesmente pela realocação em um outro espaço. O que o grupo quilombola é e seus vínculos com a ancestralidade, a despeito de, na maior parte dos casos, tais elementos se apresentarem de modo difuso e fragmentado, é o que estrutura sua existência. Isso não pode ser reconstruído. É nisso, aliás, que repousa essencialmente o princípio filosófico e sociocultural que norteia o decreto 4.887, o qual regulamenta o artigo 68 da Constituição Federal, no capítulo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe sobre a questão dos territórios de comunidades remanescentes de quilombos. Há aspectos “sui generis” no que tange aos traços culturais presentes nas Comunidades Negras Tradicionais do Paraná, cuja sobrevivência não é consciente, por assim dizer, por parte dos membros das comunidades, e sequer trata-se de algo homogêneo. A soma desses traços caracteriza o termo consagrado que a historiografia tipifica de “permanências” e, possivelmente, constitui-se nas pontas por meio das quais poderá ser puxado o fio da memória ancestral. É a partir dela que a reconstrução da autoestima, oriunda da

⁸⁸ Texto semelhante ao art. 68 do ADCT, da Constituição Federal de 1988 é inscrito no art. 51 do ADCT, da Constituição Estadual da Bahia; art. 16 do ADCT da Constituição do Estado de Goiás; art. 229 da Constituição do Estado do Maranhão; art. 33 da Constituição Estadual de Mato Grosso.

⁸⁹ Coordenador da CIAI - GT Clóvis Moura.

⁹⁰ Coordenação Geral - GT Clóvis Moura.

reelaboração do auto-conhecimento, se fará. O necessário preceito da existência digna e cidadã é elemento que guarda no seu cerne respostas a questões tão sérias quanto banalizadas e, no entanto, mais que necessárias, tais como "Quem sou?" e "De onde vim?". Na busca por respostas a tais perguntas, o negro brasileiro, e especialmente o remanescente de quilombo, ao encontrar informações relativas ao sofrimento nos tumbeiros ou no eito das lavouras canavieiras, ou ainda nos engenhos de açúcar; ao ver a imagem de seus ascendentes nos livros didáticos (sem a necessária abordagem crítica do processo de construção dessa sociedade e da própria escravização), acorrentados, açoitados nos troncos, desnudos e à venda nas praças dos mercados; ao ver a si e aos seus representados na televisão na condição de serviçal ou na reprodução do intelectualmente incapaz, encontrará respostas que o poderão levar ao conformismo, à resignação e, possivelmente, à apatia e à depressão. Sendo outras as informações, como por exemplo o legado cultural, artístico, científico e, a contragosto de parte significativa da academia, filosófico do Continente Africano ao mundo, o referencial de negritude muda. Se o negro brasileiro encontrar informações que permitam compreender o motivo que leva remanescentes de quilombos ainda hoje a construir, em algumas comunidades, suas cozinhas fora do corpo da casa, de ressignificarem alguns ritos da religiosidade ocidental a partir de traços culturais tipicamente africanos, ainda que inconscientes; se os fios da memória conduzirem a um passado de existência digna, isto é, diferente, mas não desigual em relação ao modelo hoje hegemônico, então as respostas possibilitarão aos quilombolas, especificamente, e aos negros, de modo geral, um fortalecimento do Eu coletivo e individual e a conseqüente ampliação da capacidade de traçar estratégias de resistência. (2008, pp. 18-19).

Certamente que eventual acolhimento pela Suprema Corte aos pedidos trazidos na inicial com a conseqüente procedência da ADI n.º 3.239, com destaque para eventual procedência da inconstitucionalidade material alegada – o que rejeitaria a institucionalização do direito de autodeterminação – comprometeria frontalmente os trabalhos realizados não somente pelo Estado do Paraná e do Pará, mas em outros Estados da Federação.

Ainda colaborando pela constitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003 consigne-se a participação do Grupo de Estudos de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI/UFMG que fundamentou o ato normativo nas normas de direito internacional, inclusive, Convenção n.º 169 da OIT e normas nacionais, incluindo este convênio e os dispositivos constitucionais já estudados. Cuida-se de uma peça jurídica de fundamentação dogmática atualizada a respeito do assunto, com o devido tratamento de direito levando em consideração os elementos contemporâneos do conceito de quilombo, reconhecendo que índios e quilombolas pertencem à categoria jurídica povo tradicional e, portanto, tem direito de autodeterminação, sendo a autoatribuição das comunidades uma das dimensões desse direito que também significa controle sobre o próprio desenvolvimento com garantias de participação e consulta em todos os processos decisórios que lhes digam respeito⁹¹. (BRASIL, 2018).

⁹¹ Conforme discussão constante no capítulo 1.

Das leituras das peças de *amicus curiae*, tanto pela constitucionalidade, quanto pela inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003, percebeu-se continuidades de confrontações políticas que desembocaram no processo judicial e ao mesmo tempo verificou-se a partir do processo um estágio de construção dogmática do direito de autodeterminação dos povos quilombolas.

O primeiro grupo de colaboradores trouxe uma dogmática jurídica tradicional que, em regra, não está preocupada no estabelecimento de diálogo com outras áreas do conhecimento, utilizando-as, quase sempre, como instrumento e submetendo-as aos pressupostos temporais imperativos do direito, ao passo que o segundo grupo colaborou para a consolidação de uma dogmática jurídica mais atualizada e informada pela história e antropologia, em consonância ao que traz o decreto presidencial atacado que retira seu fundamento do art. 68 do ADCT e Convenção n.º 169 da OIT.

As questões levantadas pelos *amicus curiae* confirmam a complexidade inerente ao direito, objeto em constantes transformações no tempo e no espaço, pelo que a sua abordagem não deve ser feita somente no interior da ciência jurídica e nem tão distante, do lado de fora, notadamente para a questão abordada na ADI n.º 3.239. A especialização que requer não se reduz a estudos jurídicos atuais que normalmente são insuficientes para conhecer o direito da atualidade em toda sua densidade e diversidade, sendo que para se afastar do peso que as ideologias normativas exigem não basta o refúgio na história do direito, mas manter um “compromisso com o problema atual das políticas do direito.” (CLAVERO, 2017, tradução nossa).

3.2.4 Uma decisão lenta e gradual: as plenárias de julgamento da ADI n.º 3.239 e a decisão final

Neste tópico pretende-se abordar o deslinde final da trajetória de (não) institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas no processo constitucional da ADI n.º 3.239 a partir da análise dos julgamentos pelo plenário da Suprema Corte brasileira. Foram assistidas as transmissões em vídeo⁹², sendo fichados os discursos proferidos pelos *amicus curiae* em sustentação oral na primeira plenária, bem como os votos dos ministros que foram proferidos de forma fragmentada nas três plenárias, com maior concentração na última ocorrida em 8 de fevereiro de 2018 em que houve o veredicto judicial final a respeito da questão em debate. O processo judicial ainda não teve o seu término

⁹² Ainda não estão disponíveis todos os votos escritos.

confirmado pelo rito do trânsito em julgado, quando a decisão não seria mais passível de ser atacada, e, conseqüentemente, possibilitando a modificação do veredicto acerca do direito de autodeterminação dos quilombolas.

Nesse ponto é preciso lembrar a importância desse julgamento dentro do *campo judicial* como um “espaço socialmente organizado” em que se está diante de um conflito inconciliável entre segmentos da população brasileira que ocupam posições diferentes e desiguais nas estruturas de poder social, estando em jogo o direito previsto no art. 68 do ADCT e Convenção n.º 169 da OIT, regulamentados pelo Decreto n.º 4.887 de 2003, enquanto leis escritas, mas ao mesmo tempo há “leis não escritas” presentes no jogo jurídico mesmo em se tratando daquelas das quais se necessitam para vencer a própria “letra da lei”. (BOURDIEU, 1989, p. 230).

Dessa forma é preciso ter em conta a afinidade de *habitus* entre os agentes do campo jurídico, responsáveis pela produção e aplicação do direito, com aqueles que detêm o “poder temporal, político ou econômico”, sendo preciso observar que as afinidades nos modos de agir são ligadas a formações escolares, familiares, entre outras, favorecendo, assim, similitudes de visões de mundo que tendem a não contrariar os interesses de grupos dominantes. (BOURDIEU, 1989, p. 242).

Não é demais ressaltar que a ADI n.º 3.239 encerra uma concorrência assente na “cisão entre os profanos e os profissionais” numa disputa para dizer o direito válido, sendo que o que se constrói a partir da visão dos habilitados a participarem do jogo é o aumento do desvio entre o veredicto do direito e as intuições da equidade, dando a aparência de total independência aos pronunciamentos judiciais tanto para os agentes do campo, quanto para os que estão sujeitos à sua imposição, encobrendo-se as relações de força consagradas nas decisões. (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Igualmente, deve ser retomado que as disputas no processo judicial objeto de análise concentra lutas simbólicas pela atribuição de sentido ao art. 68 do ADCT e Convenção n.º 169 da OIT, a partir do descontentamento do autor com o sentido atribuído a estes dispositivos pelo Decreto n.º 4.887 de 2003, sendo que a significação prática desses dispositivos se determina não apenas a partir de descrições restritas de pretensa imparcialidade científica, mas a partir da confrontação de interesses envolvendo advogados, os ministros, o autor da ação e os *amicus curiae* e seus específicos interesses no deslinde final da causa. (BOURDIEU, 1989, p. 219).

As representações acerca dos povos quilombolas e do direito de propriedade presentes na ADI 3.239 serão objetivadas pelos ministros no processo de racionalidade que ao fim codificará no campo uma visão jurídica sobre os povos e o direito reivindicado haja vista ser o direito a “forma por excelência do discurso legítimo.”. Forma dotada de eficácia simbólica em razão do desconhecimento da “parte maior ou menor” do que há de arbitrário na origem do funcionamento do direito. (BOURDIEU, 1989, p. 243).

Considerando que a ADI n.º 3.239 é um processo em que o que está em questão no jogo jurídico são inconformismos a respeito das questões mais de inconstitucionalidade material do que formal, as observações acerca dos discursos dos participantes dos julgamentos se restringirão ao modo como se referem ao conceito de quilombo e, conseqüentemente, suas implicações no direito de autodeterminação dos povos quilombolas, objetos da alegada inconstitucionalidade material.

Desse modo, passemos às abordagens sobre as plenárias do STF em que o processo judicial da ADI n.º 3.239 esteve em pauta para julgamento a começar pela sessão realizada em 18 de abril de 2012, sendo que nesta falaram na ordem o Autor da Ação, o AGU, na condição de *amicus curiae* a Associação Brasileira de Celulose e Papel – BRACELPA, a Sociedade Rural Brasileira – SRB, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB⁹³ e o Estado do Paraná, o PGR, sendo ao final proferido o voto do Ministro Cezar Peluso e pedido vista dos autos do processo pela Ministra Rosa Weber. (BRASIL, 2018).

O Autor da ação requer em sua sustentação os mesmos direitos que aduziu na petição inicial reivindicando dos ministros a “delimitação dos corretos contornos constitucionais”, porque o art. 68 do ADCT é dotado de clareza plena, sendo que o Decreto n.º 4.887 de 2003 padece de ao menos dois vícios materiais principais, quais sejam: a) a previsão de autoatribuição para configuração das comunidades quilombolas; b) estabelece nova modalidade expropriatória; c) faz uma extensão do art. 68 do ADCT, ampliando seus efeitos concretos para além do definido, especialmente por não observar o marco temporal supostamente previsto no dispositivo constitucional. (BRASIL, 2018).

Dessa forma, o discurso é dirigido à negação do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, aduzindo-se a inconstitucionalidade da autoclassificação de comunidades enquanto grupos étnicos quilombolas, bem como a partir disso a indicação dos territórios por estas. Isso sem falar no repúdio à possibilidade de desapropriação de terras particulares sobre

⁹³ Que se ateve à defesa do Decreto n.º 4.887 de 2003 em seus aspectos formais e por isso o ato presidencial é válido para integrar o Ordenamento Jurídico.

as quais recaia o reconhecimento de comunidade remanescente de quilombo, sendo que se percebeu a interpretação restritiva destinada ao art. 68 do ADCT, quando se pugnou pela fixação do marco temporal em 5 de outubro de 1988 aos remanescentes das comunidades de quilombo, nos termos definidos na petição inicial. (BRASIL, 2018).

O AGU, por sua vez, discursou nos termos dos pareceres já comentados anteriormente no sentido de que as comunidades remanescentes de quilombo são realidades antropológicas e não realidades materiais ou físicas pugnando pela adoção, pelos ministros, agentes dotados de poder decisório, da perspectiva antropológica do art. 68 do ADCT sob pena de se tornar norma ineficaz. Nesse sentido, defendeu os critérios de autoatribuição previstos no decreto presidencial e de que seu fundamento reside na Convenção n.º 169 da OIT. (BRASIL, 2018).

Em que pese a defesa do Decreto n.º 4.887 de 2003 e indiretamente os povos quilombolas Brasil afora, destaca-se a força do viés integracionista que orienta as perspectivas do raciocínio jurídico ao notar no discurso do AGU que a questão colocada não trata de compensar a tragédia escravocrata, mas trata-se de um processo de integração no desenvolvimento. Infere-se falta de clareza sobre a abordagem feita, sendo que a atualidade proporcionada pelo diálogo com a ciência antropológica não incorpora o discurso jurídico acerca dos povos quilombolas.

O representante da BRACELPA destaca a necessidade de ser editada uma lei para definir o que são verdadeiramente comunidades remanescentes de quilombo e rechaçou a conceituação trazida pelo decreto presidencial, concedendo destaque em seu discurso para a categoria do marco temporal ao aduzir que a Constituição não abriu possibilidades de interpretação do art. 68 do ADCT para o futuro, por isso previsto nas disposições transitórias. (BRASIL, 2018).

A SRB ao endossar as alegações de inconstitucionalidade feitas na peça inicial destaca para afronta do Decreto n.º 4.887 de 2003 à Constituição de 1988 e ao Ordenamento Jurídico brasileiro em geral, quando inova reconhecendo propriedade coletiva privada – porque as terras quilombolas são coletivas e não há proibição de sua disposição – para além da propriedade privada e pública reconhecidas no Direito brasileiro. Quanto aos critérios de autoatribuição a inconstitucionalidade é extraída por não ser um critério objetivo, conforme determina a Constituição de 1988, que na visão do colaborador é a ocupação. Dessa forma, a conversão automática das posses tradicionais quilombolas na época da promulgação da Constituição de 1988. (BRASIL, 2018).

Ainda segundo o representante da SRB, se de outro modo se compreender as comunidades remanescentes de quilombo, pode ocorrer o afastamento de empreendedores que deixariam de investir no Brasil em razão da possibilidade de que terras adquiridas venham a ser consideradas terras de quilombolas e por isso a necessidade de se conceber as comunidades remanescentes como um fenômeno do passado, restando, talvez, alguns vestígios materiais e físicos de umas poucas. (BRASIL, 2018).

O Estado do Paraná, representado por seu procurador, retoma as informações presentes na petição de ingresso como *amicus curiae* de que era uma das Unidades da Federação que estavam avançadas na implementação de políticas públicas, notadamente regularização fundiária para as comunidades remanescentes de quilombo em uma abordagem do direito colocado em questão como direito coletivo dos povos. (BRASIL, 2018).

Traz à memória o fato de o Brasil ter sido o último país a libertar os escravos na América e lembra aos presentes que enquanto se invoca necessidade de lei para regulamentar o direito do art. 68 do ADCT se esquece de que a escravidão manteve-se no Brasil, ainda durante o século 19, por falta de lei mesmo em plena vigência da Constituição de 1824 que concedia o direito de liberdade, mas não havia lei que a regulamentasse para os escravos. Destaca que passaram mais de 60 anos “sem uma lei que dissesse que era proibido não ter liberdade” e que por muitas vezes a Constituição cria direitos e estes restam “escondidos, invisíveis, amordaçados pelas amarras do sistema.”. (BRASIL, 2018).

Ao relatar que os povos quilombolas no Estado do Paraná somente foram *descobertos* após o art. 68 do ADCT os apreende como povos escondidos e invisíveis, sendo que a sua invisibilidade foi a única garantia de continuarem existindo e agora estes precisam de terras regularizadas e por isso precisaram sair da invisibilidade e reivindicarem seus direitos, mas podem se tornar alvo da ganância por terras. (BRASIL, 2018).

Durante o discurso do procurador do Estado do Paraná percebeu-se a apropriação, na fundamentação dogmática pela defesa da constitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003, das categorias povo, autodefinição e territorialidade em relação aos remanescentes de quilombo enfatizando que o “[...] conceito de terra para os quilombolas é um conceito anterior ao conceito da propriedade privada da terra, é um elemento da etnicidade.”. (BRASIL, 2018).

A Procuradoria Geral da República faz a defesa pela constitucionalidade integral do Decreto n.º 4.887 de 2003 e, especialmente, no aspecto material aos elementos de autodefinição, desapropriação, territorialidade e rejeição ao critério do marco temporal, sendo

que destaca que as definições acerca dos povos quilombolas não fazem parte apenas e um único grupo. (BRASIL, 2018).

Desse ponto em diante, serão analisados os votos dos ministros da Suprema Corte no tocante às quatro principais alegações de inconstitucionalidade material do decreto presidencial em questão, quais sejam: a) inconstitucionalidade do critério de autoatribuição para a configuração de grupos étnicos como quilombolas, que diz respeito ao direito de livre determinação coletiva; b) inconstitucionalidade da inclusão das terras destinadas às comunidades quilombolas das áreas destinadas à sua reprodução física, social, econômica e cultural, mediante indicação das comunidades que diz respeito à categoria territorialidade; c) inconstitucionalidade da desapropriação das áreas particulares reconhecidamente terras quilombolas, quando couber; d) inconstitucionalidade de eventuais titulações de terras às comunidades que não ocupavam os quilombos na data da promulgação da CR/88, a saber, o marco temporal.

Os votos dos ministros no plenário da Corte compreendem o trabalho de racionalização na ADI n.º 3.239, sendo que a soma da maioria simples dos votos representará a decisão da mais alta Corte de Justiça do Brasil acerca do ingresso ou não do direito de autodeterminação dos povos quilombolas no Direito brasileiro. O que se deve observar é que o veredicto final se deve mais às “atitudes éticas dos agentes” do que às questões normativas propriamente ditas. (BOURDIEU, 1989, p. 225).

Entra em cena neste momento o *poder de nomeação* do Estado brasileiro como “detentor da violência simbólica legítima” para solucionar a controvérsia que na prática são reivindicações dispostas no processo como uma luta simbólica de interessados. Nesse sentido será consagrada, pelo direito, uma nova visão da ordem estabelecida, ou a ratificação da visão predominante desta ordem até o momento acerca dos povos quilombolas, pelo que através do poder de nomeação será imposto um limite às lutas na arena social que as atingirão diretamente, especialmente, quanto à conceituação colonial ou contemporânea das comunidades remanescentes de quilombo. (BOURDIEU, 1989, pp. 235-237).

Desse modo, ainda na primeira plenária em que a ADI n.º 3.239 esteve em julgamento, votou pela procedência da referida ação de inconstitucionalidade o Ministro Cezar Peluso, modulando os efeitos da decisão para garantir aos cidadãos que de boa fé confiaram na legislação posta e percorreram longo caminho para obterem a titulação de suas terras, desde 1988. O entendimento do ministro a respeito das comunidades de quilombo é o de que o constituinte referiu-se ao conceito histórico de quilombo, sendo que os trabalhos que

atualizam o conceito a partir da categoria etnicidade não entram no art. 68 do ADCT. (BRASIL, 2018).

Assim, o ministro C  zar Peluso considerou inconstitucional o art. 2  , *caput*, e      1  , 2   e 3   do Decreto n.   4.887 de 2002 por considerar inconstitucionais os critérios de autoatribui  o de grupo étnico enquanto comunidade remanescente de quilombo; a conceitua  o do que são terras ocupadas por remanescentes como sendo aquelas necessárias    reprodu  o física, econômica e cultural das comunidades; a categoria jurídica territorialidade que compreende o conceito antecedente levando-se em considera  o a indica  o inicial pelos próprios interessados. (BRASIL, 2018).

Rejeitou, igualmente, a constitucionalidade do decreto presidencial que prevê a titulaão coletiva das terras reconhecidas, demarcadas e delimitadas, bem como rechaçou a aplica  o da Conven  o n.   169 da OIT ao caso em questão, tendo reconhecido a posse centenária, contínua e prolongada exercida com ânimo de dono, e qualificada, aferível em 5 de outubro de 1988. Enxergou, o Ministro Cezar Peluso, a mais flagrante inconstitucionalidade na desapropria  o prevista no art. 13 do decreto impugnado, reforçando que a posse que se reconhece    a posse centenária, dirigindo-se a norma do art. 68 do ADCT diretamente ao Estado para emitir os títulos de propriedade. Como argumento de reforço faz referência a reportagens jornalísticas que supostamente demonstram a desestabiliza  o social que se propagou Brasil afora, devendo a questão ser reconduzida aos limites constitucionais, tudo nos termos do pedido inicial. (BRASIL, 2018).

Certamente que a decisão do Ministro Relator chegara aos povos quilombolas como um balde de água fria e uma vitória para os interessados alinhados com o autor da a  o. Mas ainda se trata do primeiro voto e o veredicto ainda não era definitivo mesmo que perturbador para as comunidades remanescentes, sendo que era preciso esperar, no caso, aproximadamente 3 anos enquanto a Corte mantinha em suspense a questão relacionada    institucionaliza  o do direito de autodetermina  o dos povos posto em rela  o na ADI n.   3.239.

Em março de 2015 a Ministra Rosa Weber profere o seu voto vista após a rememora  o da lide pela Presidência da Corte e abre a divergência em rela  o ao voto do Relator ao julgar a ADI n.   3.239 improcedente, portanto, considerando o Decreto n.   4.887 de 2003 constitucionalmente válido em sua forma e conteúdo, sendo importante verificar como a Ministra enfrentou os principais questionamentos relacionados ao conceito de quilombo e ao direito de autodetermina  o das comunidades remanescentes.

No voto da Ministra Rosa Weber percebe-se, inicialmente, algum esforço para a apropriação de uma historiografia contemporânea do conceito de quilombo, levada ao processo pelos *amicus curiae*, para a construção jurídica de sua decisão. Nesse sentido, ao fixar a constitucionalidade do direito de autoatribuição reconhece a imprescindibilidade dessa categoria jurídica para os grupos étnicos autodenominados comunidades remanescentes de quilombo. (BRASIL, 2018).

A Ministra reconhece os quilombolas como povos, mesmo que não apresentem aspectos nativos como os indígenas e nesse aspecto vê-se uma tentativa de afastamento das conceituações reificantes. Continua sua decisão afirmando que a CR/88 reconhece os quilombos como resistência à escravidão, além do papel político, econômico e social do quilombo, sendo este agente de interferência no sistema vigente à época da escravidão e no pós-abolição.

As críticas à educação exsurtem ao citar os prejuízos advindos de uma historiografia dos quilombos como uma localização geográfica de fugitivos e não como uma organização social alternativa à ordem escravista, sendo que acompanha essa crítica a denúncia da negligência do país para com os povos quilombolas e conclui não ser possível um conceito de quilombo de forma absoluta. De toda forma, quilombo é um fenômeno objetivo, mesmo que impreciso, sendo, portanto, grupo étnico distinto. (BRASIL, 2018).

Um aspecto importante é a dissociação entre a autoatribuição prevista no Decreto n.º 4.887 de 2003 e a categoria jurídica consciência coletiva prevista na Convenção n.º 169 da OIT e no entendimento da Ministra Rosa Weber consciência e autoatribuição não se sobrepõem, mas apresentam congruências, sendo a autodefinição o método antropológico não havendo assimilação em sua decisão de que a autoidentificação é um direito decorrente do direito de autodeterminação dos povos quilombolas. (BRASIL, 2018).

A categoria jurídica territorialidade, prevista no art. 2º, § 2º e 3º do Decreto n.º 4.887 de 2003, é considerada constitucional, sendo citados no voto em comento os julgados da Corte IDH, além do fundamento legal correspondente da categoria territorialidade, qual seja, o art. 13 da Convenção n.º 169 da OIT, entendendo se tratar de mecanismo jurídico que inserem os povos quilombolas devolvendo-lhes vozes ao poderem indicar as áreas que lhes pertencem, não havendo se falar em arbitrariedades e nem vinculação absoluta às indicações. (BRASIL, 2018).

Há o reconhecimento expresso dos sujeitos coletivos dos quais tratam o Decreto n.º 4.887 de 2003, sendo consideradas constitucionais eventuais desapropriações de terras particulares reconhecidas terras quilombolas presente o interesse da sociedade brasileira. A possibilidade de desapropriação é fundamentada no art. 68 do ADCT combinado com o art. 216, tratando-se, na visão da Ministra de demandas que se relacionam ao aspecto redistributivo e ao de reconhecimento, dois vetores da justiça social que devem orientar a decisão. O pano de fundo da questão aponta para o reconhecimento cultural e igualdade social dos povos quilombolas em razão da privação econômica e discriminação cultural que se entrelaçam. (BRASIL, 2018).

Um retorno ao conceito historicista de quilombo, inicialmente criticado pela Ministra Rosa Weber, é verificado ainda em sua fundamentação quando aceita a tese do marco temporal e coloca em relação o direito de autoatribuição por meio da conjugação entre o elemento subjetivo *autoatribuição* com o elemento objetivo *ocupação* em 5 de outubro de 1988, isto é, “[...] a reprodução da unidade social que afirma ser originada do quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente em sua organicidade de modo a manifestar uma atualização histórica das comunidades dos quilombos.” (BRASIL, 2018).

Fixou uma exceção para afastar o elemento objetivo ocupação nos casos de esbulhos possessórios, todavia, tem-se que a fundamentação do voto da ministra restringe o direito de autodeterminação dos povos quilombolas, recuperando a ideia de que são comunidades passadas, além de permitir interpretações que inviabilizam processos de reterritorialização, cujas razões devem ser aferidas na prática.

Aproximadamente três anos depois na sessão plenária do STF de 9 de novembro de 2017 profere o seu voto na ADI n.º 3.239 o Ministro Dias Toffoli, pelo que se passa a conferir os termos da construção de sua decisão com relação às alegações de inconstitucionalidade material aventadas na peça inicial.

Assim como no voto anterior há a recuperação histórica da trajetória da população negra no país, sendo enfatizado que a demanda não versa apenas sobre a constitucionalidade de um ato normativo, mas tem como pano de fundo as reivindicações pela reparação histórica que deve ser efetivada aos negros que tanto contribuíram culturalmente com o país. Da mesma forma, o aspecto protetivo destinado pelas normas jurídicas em questão às minorias predomina no discurso, não havendo uma segurança na apropriação do conceito contemporâneo de quilombo, tampouco do direito de autodeterminação, sendo que o Ministro

Dias Toffoli delimita seu voto levantando os costumeiros debates acerca de: Quem são os quilombolas? Quais terras serão tituladas? Em que momento deveria estar ocupando as terras? Contextualiza o que chama de evolução histórica dos direitos quilombolas, trazendo a Constituição de 1988, a Convenção n.º 169 da OIT e o Decreto n. 4.887 de 2003 como plenamente aplicáveis aos povos quilombolas. (BRASIL, 2018).

O conceito contemporâneo de quilombo aparece em referência ao documento elaborado pela ABA em 1994, defendendo que o decreto presidencial incorpora o conceito atual e, por sua vez, contempla critérios mais adequados destinados a regulamentação dos direitos dos remanescentes. O direito de autodeterminação dos povos quilombolas é admitido expressamente pelo Ministro Dias Toffoli que consigna o exercício desse direito no contexto de intercomunicação com outros grupos e com a sociedade nacional a partir da compreensão da etnicidade, elemento do conceito contemporâneo, pelo que considera constitucional o art. 2º, *caput*, e § 1º do Decreto n.º 4.887 de 2003 que consagra o critério de autoatribuição como um ato coletivo decorrente do direito de determinação própria. No mesmo sentido fixa a tese de constitucionalidade do critério de autoatribuição para a identificação do território quilombola a partir da indicação da própria comunidade, nos termos no § 3º do art. 2º do mesmo ato normativo. (BRASIL, 2018).

De modo diferente, portanto, mais restritivo, foi o posicionamento do Ministro no tocante ao marco temporal que foi densamente justificado para integrar o conceito de quilombo, restringindo-o a situações presentes em 5 de outubro de 1988 e não a situações passadas e nem futuras, sendo que fundamenta essa interpretação na locução presente no art. 68 do ADCT *que estejam ocupando suas terras*. Destaca ainda que o decreto impugnado regulamenta benefícios e vantagens especiais a minorias oprimidas e que por essa razão o dispositivo constitucional prevê uma discriminação positiva para esses grupos, indo na contramão do que argumentara a respeito do direito de autodeterminação e desconsiderando o caráter antirracista que deve ser atribuído a norma constitucional regulamentada pelo Decreto n.º 4.887 de 2003. (BRASIL, 2018).

Interpretação restritiva também foi realizada acerca da categoria territorialidade, prevista no § 2º, art. 2º do decreto presidencial que, segundo o Ministro Dias Toffoli, encerra uma situação não pacificada e como a Constituição de 1988 buscou a paz fundiária, continua o Ministro, torna-se necessário conjugar o limite temporal com os limites territoriais, rechaçando a concepção do termo ocupação de forma ampliativa no tempo e no espaço, haja vista a ausência dessas limitações serem capazes de agravar os conflitos fundiários, segundo

se posiciona. Assim, restringe a definição de terras utilizadas para a reprodução física, social e cultural dos quilombolas ao tempo presente em 5 de outubro de 1988, sendo terras ocupadas não apenas as destinadas para a moradia, mas as comprovadamente utilizadas. (BRASIL, 2018).

A preocupação do Ministro, na verdade, é com o futuro no sentido de se deixarem brechas interpretativas para futuras reivindicações de territórios em razão do crescimento populacional das comunidades remanescentes, o que poderia dar sustentação a futuras reivindicações por expansão territorial e por isso trata-se de terras ocupadas e utilizadas em 1988 e não as terras necessárias e indispensáveis em caso de crescimento e expansão das comunidades remanescentes futuramente, caso contrário se estaria aplicando o regime indígena previsto no art. 231 e seguintes da CR/88. Entende nos termos de seu voto, pela constitucionalidade da desapropriação de terras particulares reconhecidamente comunidades remanescentes de quilombo de acordo com o art. 13 do Decreto n.º 4.887 de 2003. (BRASIL, 2018).

Portanto, julga parcialmente procedente a ADI n.º 3.239 para conferir interpretação conforme ao art. 2º, § 2º do decreto impugnado e delimita o marco temporal e territorial das comunidades remanescentes de quilombo, definindo as áreas ocupadas como aquelas utilizadas para a reprodução física, cultural e econômica das comunidades, atualmente, e não as necessárias e imprescindíveis porque essa interpretação poderia embasar reivindicações territoriais futuras. Fixa a exceção para os casos de comprovação da suspensão ou perda da posse, em 5 de outubro de 1988, em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros. (BRASIL, 2018).

Os três votos distintos proferidos até o momento demonstram um cenário de incertezas sobre o deslinde da causa, havendo um voto acolhendo o pedido do autor pela inconstitucionalidade do decreto, um segundo voto pela constitucionalidade deste, mas com fundamentação pouco incisiva sobre o direito de autodeterminação dos povos quilombolas e suas consequências em termos de justiça social implicando redistribuição e reconhecimento, e o outro acolhendo parcialmente o pedido do autor, apontando um caminho mais prejudicial aos povos quilombolas com a definição no dispositivo da decisão a tese do marco temporal e de limites territoriais em 5 de outubro de 1988. É uma trajetória descontínua na atribuição de sentido ao art. 68 do ADCT que demonstra resistências a uma construção dogmática emergente informada pela historiografia e antropologia contemporâneas para o dispositivo constitucional.

Sem embargo, é preciso notar que há algumas construções a respeito do direito de autodeterminação dos quilombolas a partir das menções expressas às normas internacionais e nacionais, mas, por ora, importante continuar as abordagens sobre os demais votos tentando perceber as representações dos demais ministros da Corte a respeito do tema, lembrando que após o voto do Ministro Dias Toffoli em 2015, pede vista dos autos o Ministro Edson Fachin ao argumento de que o tema demanda um amadurecimento maior da questão – mesmo chegando-se aos 30 anos da CR/88 – por ser um tema estrutural.

No dia 8 de fevereiro de 2018 é retomado o julgamento da ADI n.º 3.239 com o voto vista do Ministro Luiz Edson Fachin que rememora os termos dos votos já proferidos, notadamente o do Ministro Dias Toffoli que no momento pede a palavra para justificar a delimitação do marco temporal em seu voto porque conhece bem as discussões em torno do Decreto n.º 4.887 de 2003, uma vez que era Subchefe para Assuntos Jurídicos e acompanhou os trabalhos de revisão do Decreto n.º 3.912 de 2001 no Grupo de Trabalho instituído pelo Presidente Lula no âmbito de sua subchefia. Relatou sobre posicionamentos da AGU dando interpretação ao decreto atacado, para a demarcação de terras quilombolas, semelhante à destinada as demarcações de terras indígenas e, nesse sentido, sua preocupação era reivindicações territoriais futuras e, por isso, antecipava possíveis conflitos fundiários estabelecendo o marco temporal. (BRASIL, 2018).

Oportunamente registra-se que na plenária de fevereiro de 2018 o tema do marco temporal dominou os debates entre os ministros presentes, pelo que as abordagens nos votos seguintes enfatizarão esse elemento resquício do conceito colonial de quilombo que insistia em ocupar a pauta de discussões. Portanto, as concepções dos ministros acerca das categorias etnicidade, territorialidade, critérios de autoatribuição, enfim, compreensões sobre o conceito contemporâneo de quilombo são admitidas como perfeitamente constitucionais, sendo que não se tecem maiores comentários.

Adianta, o Ministro Luiz Edson Fachin, ao iniciar o seu voto que julga a ADI n.º 3.239 totalmente improcedente, ao passo que inicia a sua justificativa pela não adoção da tese do marco temporal que seria a presença da população na área em 5 de outubro de 1988, através de prova da própria comunidade, ao que discorda apontando contornos mais sensíveis para o caso dos povos quilombolas que diferentemente dos povos indígenas – destinatários de legislações anteriores – nunca foram inseridos em qualquer legislação anterior ao marco constitucional do art. 68 do ADCT, exceto nos períodos colonial e imperial, como criminosos. (BRASIL, 2018).

O modo como sempre foram tratados pela legislação nacional até o momento, por si só, transforma a exigida ocupação contínua e sem turbacão, na data da promulgaão da Carta Magna, fato difícl ou mesmo impossível a essas comunidades, pelo que a presenaa e manutenão dos remanescentes em seus espaaos territoriais nunca foram experiências tranquilas. (BRASIL, 2018).

Ao registrar o limbo social e jurídlco que experimentam os povos quilombolas o Ministro Luiz Edson Fachin destaca que devido à escassez de documentaaão acadêmica e jurídlca sobre os quilombos há dificuldades de se obter dados oficiais das áreas ocupadas pelo desconhecimento destas, sendo que o marco temporal direciona para a ineficácia do art. 68 do ADCT, o que contraria a Constituição porque ainda nos dias de hoje outras comunidades quilombolas podem estar desconhecidas. (BRASIL, 2018).

O artigo 68 do ADCT – destaca o ministro – é um direito fundamental que aparece pela primeira vez na Constituição de 1988 não decorrendo naturalmente de sua interpretação o direito à titulaão apenas aos remanescentes que estivessem na posse mansa e pacífica na data de sua promulgaão, sendo que o dispositivo não rechaa por meio de interpretação gramatical, literal, a concessão do direito a comunidades quilombolas ainda desconhecidas e invisíveis ao conhecimento do Estado brasileiro. Do mesmo modo, não se deve lanar mão de interpretação tópica para atribuir conteúdo transitório ao dispositivo constitucional, vez que as normas presentes no ADCT tem a mesma normatividade das demais normas encartadas na parte permanente da constituição. (BRASIL, 2018).

Ainda demarcando a sua divergência quanto ao marco temporal, frisa o Ministro Luiz Edson Fachin que a titulaão das terras relaciona-se a outras políticas públicas que tem por finalidade recuperar a dignidade dos povos, pois antes da CR/88 os quilombolas eram considerados invasores de terras e que os conflitos fundiários já existem, pelo que o estabelecimento do marco temporal antevendo a existência de possíveis conflitos futuros não se justifica sob pena de inviabilizar o reconhecimento do direito assegurado no texto constitucional. (BRASIL, 2018).

Pontua, igualmente, que não existe autorização constitucional para desconsiderar a ocorrência de esbulhos e violências que claramente sofreram as comunidades quilombolas ao longo dos anos – conforme colaborações dos *amicus curiae*. – uma vez que o Ordenamento Jurídico não albergava a posse, tampouco o domínio de suas terras, não se podendo trazer como argumento de reforço, do mesmo modo, para a restrição dos direitos dos povos, as possíveis fraudes dos processos de demarcação, delimitação e titulaão. (BRASIL, 2018).

Dessa forma, a consolidação do marco temporal significa trancar uma porta com densidade e força constitucional para o exercício completo de direitos inerentes a cidadania, assegurados pela constituição, e lembra que essas comunidades eram invisíveis até a Constituinte em 1987 e, nesse momento, recupera a agência do movimento negro, que emplaca o art. 68, como uma vitória contra o racismo impregnado na sociedade brasileira, recompondo historicamente a dignidade dessas comunidades. (BRASIL, 2018).

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia seu voto esclarecendo as inconstitucionalidades alegadas e antecipa dizendo que o decreto questionado é um decreto válido, pois disciplina um direito fundamental e concretiza a CR/88, além de regulamentar a Convenção n.º 169 da OIT. Ao comentar sobre a constitucionalidade da autoatribuição lembra que esta representa uma das 14 fases para a identificação das comunidades e rejeita a ideia de que seja uma carta branca para fraude, uma vez que as comunidades precisariam simular muitas situações, sendo isso impossível. No mesmo sentido, considera constitucional a possibilidade de desapropriação que não pode ser impedida de ser utilizada, quando necessária à composição de eventuais conflitos. (BRASIL, 2018).

Registra que seu voto no que toca ao marco temporal está alinhado ao defendido pelo Ministro Luiz Edson Fachin e conclui o seu voto nos seguintes termos: a) julga totalmente improcedente o pedido inicial; b) considera constitucional o critério de autoatribuição; c) julga constitucional a concessão do direito de propriedade aos quilombolas, sendo a propriedade a necessária à cultura e modos de vida das comunidades; d) o direito de propriedade decorre da Constituição de 1988, não sendo vedada a desapropriação; e) são sujeitas do direito previsto no art. 68 do ADCT as comunidades que ocupavam suas terras na data da promulgação da CR/88, as comunidades que foram expulsas de suas terras e que indiquem intenção, a partir do comportamento cultural, de retorno ao território, não sendo necessária a comprovação de conflito possessório atual de fato ou em juízo. (BRASIL, 2018).

Seguidamente, o Ministro Ricardo Lewandowski inicia o seu voto apontando que a petição inicial não foi exitosa em demonstrar as supostas violações constitucionais do Decreto n.º 4.887 de 2003, sendo que o Autor da ação se limitou a manifestar inconformismos acerca da identificação dos remanescentes e da indicação dos territórios, a partir dos critérios de autoatribuição. Segundo afirma, o Autor discorda com os critérios previstos no decreto e quer fazer prevalecer na Suprema Corte os seus próprios critérios. (BRASIL, 2018).

Ao considerar a constitucionalidade da autoatribuição, citando a Convenção n.º 169 da OIT, aponta que o critério não comporta fraudes, ao contrário evita a categorização unilateral

e etnocêntrica. No mesmo sentido, ao lembrar racismos que subalternizaram culturas e povos africanos no Brasil, opta por uma interpretação que confira maior integração social representando os povos quilombolas como minorias destinatárias da atenção constitucional, nesse processo judicial. A desapropriação confere máxima efetividade ao art. 68 do ADCT, na visão do ministro, sendo norma constitucional. (BRASIL, 2018).

Iniciando o enfrentamento da tese do marco temporal Ricardo Lewandowski rejeita o posicionamento defendido por Dias Toffoli ao passo que este pede a palavra e explica novamente o seu voto, justificando o conceito histórico adotado para se evitar problemas futuros. Um debate se impõe acerca da interpretação dada por este Ministro a respeito do marco temporal, sendo que depois disso retoma a palavra o Ministro Ricardo Lewandowski que destaca o registro de prova para os casos de suspensão ou esbulho presentes no voto de Dias Toffoli, considerando a exigência prova diabólica. (BRASIL, 2018).

Para demarcar sua divergência Ricardo Lewandowski recupera o sentido original do termo quilombola, do tupi guarani, que significa aquele que foge muito e conclui que os remanescentes descendem daqueles que estão em fuga há mais de 500 anos, sendo que não se pode fazer recair a obrigação desse tipo de prova a um grupo hipossuficiente. Refuta a razões argumentativas de conflitos futuros, pois em havendo deverão ser devidamente tratados pelos agentes do Estado. Ato seguinte propõe que o que a Corte Suprema deve decidir é a improcedência ou não do pedido deixando-se de lançar o foco para quem são os quilombolas, de onde vêm e quais terras titular, entre outros conceitos já esclarecidos nos autos, pelo que julga totalmente improcedente o pedido inicial. (BRASIL, 2018).

Momento seguinte entra em cena o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que faz uma defesa do voto do Ministro Dias Toffoli explicando que sua preocupação foi no sentido de estabelecer um marco temporal para que direitos quilombolas não sejam tratados em equivalência aos direitos indígenas, sendo estas as suas preocupações. Votaria acompanhando o Ministro Cezar Peluso, pela inconstitucionalidade do decreto, mas diante da clareza de definições trazidas por Dias Toffoli, acompanha-o integralmente. Portanto, admite o marco temporal e de limitação territorial em 5 de outubro de 1988, conforme definido no voto do ministro acompanhado. (BRASIL, 2018).

O Ministro Luiz Fux atribui ao art. 68 um caráter jusfundamental devendo ser interpretado com relação a outros direitos, como moradia, alimentação e dignidade com base no princípio da solidariedade social. Tem em conta que a regularização fundiária revela

notório interesse social e declara a constitucionalidade da autoatribuição da identidade étnico cultural dos povos quilombolas. (BRASIL, 2018).

Sucinto em seu voto, conclui não haver razão para a aplicabilidade da tese do marco temporal ou quaisquer outras condicionais no caso em questão, sendo que o art. 68 do ADCT declara a propriedade e não vê da leitura do dispositivo constitucional a orientação do legislador quanto a fixação de marco temporal. A locução *que estejam ocupando* é interpretada por Luiz Fux como demonstrando a atualidade da ocupação, inclusive das comunidades que foram expropriadas de suas áreas forçadamente. (BRASIL, 2018).

Conclui atravessando em sua decisão a atualização histórica do conceito de quilombo, enquanto povos com identidade étnica relacionada ao território, sendo que condições levantadas como obstáculos ou empecilhos à emissão de títulos não devem prevalecer, pois importaria uma proteção menor que a estabelecida pela CR/88. Entre essas condições está o ônus de comprovar atos ilícitos de expropriação de suas terras que, por sua vez, eternizam situação de opressão racial em relação aos remanescentes, sendo que a histórica subordinação social imposta a estes somada às tradições de oralidade na transmissão de informações e conhecimentos praticamente impossibilitariam a produção de prova pelas comunidades. (BRASIL, 2018).

Mais sintético é o Ministro Marco Aurélio Mello que inicia o seu voto dizendo que aos 30 anos da Constituição de 1988 ainda se tem dúvida acerca da eficácia e concretude do que há no art. 68 do ADCT, pontuando se tratar a norma constitucional de um direito coletivo. O Decreto, portanto, é uma tentativa de dar uma orientação à Administração Pública no sentido de se conceder eficácia ao dispositivo constitucional, não vendo contrariedade à Constituição, pelo que julgou improcedente a ação, no mérito. (BRASIL, 2018).

O Ministro Celso de Mello começa sua decisão apontando para os vários direitos fundamentais que veicula o art. 68 do ADCT. São garantias individuais, sociais e coletivas, além das manifestações culturais aos se combinar a sua leitura como os arts. 215 e 216, todos da CR/88, que se relacionam também ao direito à moradia e ao princípio do direito da dignidade humana. Defende que o Decreto n.º 4.887 de 2003 é plenamente compatível ao que dispõe a Constituição de 1988, inclusive a territorialidade compatível, também, ao que dispõe a Convenção n.º 169 da OIT, representando a questão da terra perspectiva fundamental dos direitos e prerrogativas constitucionais garantidos aos povos quilombolas. (BRASIL, 2018).

Citando o parecer da PGR enfatiza a territorialidade reconhecendo que cada grupo molda o espaço em que vive diferenciando-se das formas clássicas de apropriação da terra e, por essa razão, a identificação das comunidades é mediante autoatribuição porque a identidade coletiva é imprescindível para a identificação territorial. Em seguida traz o marco conceitual realizado pela ABA em 1994 para o tratamento constitucional da controvérsia presente no processo em questão, destacando a invisibilidade dos povos quilombolas e de suas diversas formas de apossamento das terras antes mesmo da Lei de Terras de 1850. Nesse sentido, considera constitucionais os critérios de autoatribuição, o elemento territorialidade em nome da pluriethnicidade nacional. (BRASIL, 2018).

Continuando, ressalta o Ministro Celso de Mello, o papel da Suprema Corte na proteção de minorias e conclama para atenção ao papel contramajoritário na defesa de direitos fundamentais, como nesse caso em que o processo histórico evidencia a submissão de grupos menores a grupos maiores, sendo que no regime democrático não se admite continuidades de opressão de grupos minoritários. Desse modo, acompanha o voto da Ministra Rosa Weber, mas sem a imposição do marco temporal. (BRASIL, 2018).

A Ministra Carmen Lúcia, última a votar no processo, sintetiza seu voto reconhecendo tratar-se o art. 68 do ADCT de um direito que cabe ao Estado cumprir. Não há óbices quanto aos critérios de autoatribuição, à territorialidade e desapropriação, categorias jurídicas previstas no Decreto n.º 4.887 de 2003 e por se tratar de questão relacionada ao desrespeito de direitos de minorias, julga a ação improcedente, portanto, constitucional o decreto impugnado. (BRASIL, 2018).

Proclamou-se⁹⁴ o resultado da decisão da Corte que julgou improcedente o pedido do Autor da ADI n.º 3.239, sendo válido o Decreto n.º 4.887 de 2003 e, portanto, em plena vigência. Ressalte-se que nesse momento discutiu-se sobre como a ementa do acórdão seria elaborada, se contemplaria ou não definições sobre o marco temporal, sendo que, por maioria, decidiu-se não inserir definições a respeito dessa tese porque na prática a maioria votou contra, além do que se considerou que a inserção do marco temporal na ementa poderia

⁹⁴ **Decisão:** Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. No mérito, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos, vencidos o Ministro Cezar Peluso (Relator), e, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que sucedera o Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.2.2018. (BRASIL, 2018).

ensejar maiores debates nos processos administrativos de reconhecimento, demarcação e delimitação de territórios quilombolas. (BRASIL, 2018).

Ao que tudo indica o processo caminha para seu deslinde final haja vista a impossibilidade de interposição de recursos nos termos da Lei 9.868 de 1999⁹⁵. Dessa forma, o direito de autodeterminação dos povos previsto na Convenção n.º 169 da OIT e na jurisprudência da Corte IDH⁹⁶ ingressa no Ordenamento Jurídico Brasileiro aplicando-se aos povos quilombolas. O termo final do processo de institucionalização ocorrera no âmbito do Poder Judiciário, especificamente, em sede da ADI n.º 3.239 de 2003 no STF quando se travou verdadeira luta política e simbólica para a atribuição de sentido a esse direito, o que implicou disputas sobre conceito de quilombo para definir seu conteúdo olhando-se para o passado colonial e imperial ou para o presente diante da nova proposta conceitual trazida pela historiografia e antropologia contemporâneas.

Prevaleceu a nova proposta conceitual e o direito de autodeterminação dos povos quilombolas é definido a partir dos elementos etnicidade e territorialidade, além da transformação no sentido da categoria *remanescentes* que é definida a partir dos povos quilombolas no presente, pelo que se lhes retira o encargo de provar uma descendência ancestral secular para serem destinatários do direito previsto no art. 68 do ADCT. Portanto, são grupos étnicos autodeterminados quilombolas e com o direito coletivo ao território.

3.3 AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS QUILOMBOLAS: REDISTRIBUIÇÃO E RECONHECIMENTO TARDIOS

Situando a trajetória de institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas no Ordenamento Jurídico brasileiro perceberam-se os caminhos sinuosos que concentraram as lutas de interessados e não interessados no seu ingresso no Direito brasileiro. Da mesma forma, foi possível inferir que se tratou de lutas entre grupos de indivíduos posicionados antagonicamente na sociedade nacional, pelo que a questão levada, em último caso, à Suprema Corte pelo autor da ADI n.º 3.239 concentra problemas estruturais da sociedade brasileira e demandou, muito mais que aplicação das normas jurídicas disponíveis, a sua adequação a uma perspectiva bidimensional da justiça⁹⁷ social. (LUCAS; OBERTO, 2010, pp. 31-39).

⁹⁵ Nesse sentido: “Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.”. (BRASIL, 2018).

⁹⁶ Vide item 1.3.1, capítulo 1.

⁹⁷ Vide item 1.4, capítulo 1.

Essa dupla perspectiva da justiça foi percebida no julgamento do processo judicial perante o STF e operou para os povos quilombolas, em termos de mudanças estruturais no direito desses povos, redistribuição de recursos entendida como a aplicação do art. 68 do ADCT, a partir da interpretação no julgado que concede máxima efetividade para a titulação dos territórios quilombolas, e reconhecimento quando foi legitimada a possibilidade de autoatribuição coletiva de grupos étnicos quilombolas.

O processo judicial, nesse ponto, despontou-se como cenário cultural no qual convergiram embates de poder antagônicos, tendo-se em conta que a cultura é o lugar de conflitos e “[...] injustiça em seu próprio direito e profundamente imbricado com a desigualdade econômica.”. (FRASER, 2010, p. 116). Nesse sentido, foi lugar no campo jurídico em se tentou classificar o direito dos povos quilombolas com o sentido cultural reificado, propondo-se um falso reconhecimento da identidade cultural dos quilombolas que deveriam provar esses laços genealógicos ancestrais centenários. Da mesma forma, foi o lugar em que as agências mediadoras de interesses dos povos quilombolas demonstram a trajetória de subordinação institucional desses grupos étnicos e a necessidade de atualização cultural para as significações normativas na construção e institucionalização de seus direitos.

Nesse sentido é importante lembrar que o processo de globalização, no qual as demandas por reconhecimento tem ganhado destaque, tende a negar o problema das desigualdades econômicas e de classes como se isso pudesse ser superado no mundo do consumo e das especificidades identitárias (BUARQUE DE ALMEIDA, 2006, p. 228), pelo que não foi diferente acerca dos direitos quilombolas, pano de fundo dos debates presentes no processo judicial da ADI n.º 3.239 de 2003.

A conceituação de quilombo no processo, assim, envolveu os aspectos de subordinação econômica e cultural dos integrantes das comunidades, sendo que na visão dos interessados pela inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003 a subordinação econômica já havia sido solucionada com a integração na sociedade nacional dos descendentes da população que foi escravizada noutros tempos e, restava agora, o reconhecimento de alguns raros remanescentes que heroicamente resistiram às opressões e provando essa situação fariam jus aos resíduos territoriais relacionados.

De outro lado, coube aos interessados pela constitucionalidade do decreto presidencial trazer a tona que as transformações na estrutura econômica mundial não lograram solucionar as exclusões experimentadas pelos povos quilombolas, mas, ao contrário, dissimulam-nas e de que era preciso operar adequadamente com as perspectivas redistribuição e reconhecimento,

analisadas separadamente, e ao mesmo tempo entrelaçadas, num processo de atualização recíproca com assimilação de elementos de ambas, em cada uma das categorias. Dessa forma, afastaram do processo a concepção essencializante do conceito de quilombo e deslocaram a etnicidade para o centro do conceito, o que demonstrou a heterogeneidade de formação dos grupos étnicos autodenominados quilombolas que na marcação de suas fronteiras étnicas têm o território, além de outros, como elemento diferenciador necessário. Essa perspectiva do reconhecimento permitirá a redistribuição a tantas comunidades quantas forem reconhecidas como remanescentes de quilombo, além de atualizar a possibilidade de território coletivo no Direito brasileiro para além das clássicas concepções de terras particulares ou públicas.

Da mesma forma, as contribuições dos *amicus curiae* que agiram como mediadores dos interesses dos povos quilombolas foram importantes para demonstrarem os danos institucionalizados de caráter econômico e cultural a partir da construção das relações racializadas no Brasil e, mesmo após a abolição, a continuidade material das relações racistas que insistem em manter os remanescentes inferiorizados nas estruturas de poder sociais limitando ou negando-lhes direitos. Dessa forma, recuperaram a realidade presente do racismo social e institucional como um diacrítico geral identificável nas fronteiras étnicas das comunidades Brasil afora, estando estas na categoria de coletividades “bivalente com uma face econômico-política e uma face cultural-valorativa.”. Demonstraram que o entrelaçamento entre essas duas faces de injustiças experimentadas pelos remanescentes quilombolas se reforçam reciprocamente ante as “[...] normas culturais racistas e eurocêtricas que permanecem institucionalizadas no Estado e na economia.”. (FRASER, 2006, p. 236).

Nesse ponto, importante trazer as duas perspectivas de correção das injustiças sociais especialmente a grupos subalternizados no interior das sociedades nacionais. Assim tem-se por *remédios afirmativos* as correções das desigualdades sociais que não alteram as estruturas de poder que as compreendem e por *remédios transformativos* aqueles destinados a correção das desigualdades e compensariam desrespeitos através da remodelação da estrutura valorativa cultural que os abrigam⁹⁸ (FRASER, 2006, pp. 231-239.).

Nas decisões dos Ministros da Suprema Corte na ADI n.º 3.239 não se nota clareza a respeito da perspectiva adotada para a correção das injustiças, se afirmativa ou transformativa, sendo importante conferir a diferenciação entre estas que compreende lógicas distintas de redistribuição e reconhecimento, pelo que:

⁹⁸ O ponto crucial do contraste é efeitos terminais vs. processos que os produzem – e não mudança gradual vs. mudança apocalíptica. (FRASER, 2006, p. 236).

[...] Pode-se aplicar essa distinção, primeiramente, aos remédios para a injustiça cultural. Remédios afirmativos para tais injustiças são presentemente associados ao que vou chamar “multiculturalismo *mainstream*”. Essa espécie de multiculturalismo propõe compensar o desrespeito por meio da revalorização das identidades grupais injustamente desvalorizadas, enquanto deixa intactos os conteúdos dessas identidades e as diferenciações grupais subjacentes a elas. Remédios transformativos, em contraste, são presentemente associados à desconstrução. Eles compensariam o desrespeito por meio da transformação da estrutura cultural-valorativa subjacente. Desestabilizando as identidades⁹⁹ e diferenciações grupais existentes, esses remédios não somente elevariam a autoestima dos membros de grupos presentemente desrespeitados; eles transformariam o sentido do eu de todos. [...] Como a redistribuição afirmativa, a redistribuição transformativa em geral pressupõe uma concepção universalista de reconhecimento, a igualdade de valor moral das pessoas. Diferente da redistribuição afirmativa, contudo, sua prática tende a não dissolver essa concepção. Assim, as duas abordagens engendram diferentes lógicas de diferenciação de grupo. Enquanto os remédios afirmativos podem ter o efeito perverso de promover a diferenciação de classe, os remédios transformativos tendem a embaçá-la. Além disso, as duas abordagens engendram diferentes dinâmicas subliminares de reconhecimento. A redistribuição afirmativa pode estigmatizar os desprivilegiados, acrescentando o insulto do menosprezo à injúria da privação. A redistribuição transformativa, em contraste, pode promover a solidariedade, ajudando a compensar algumas formas de não-reconhecimento. (pp. 237-239).

Inferese-se que o processo de institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas na ADI n.º 3.239, a partir da decisão acerca da validade do Decreto n.º 4.887 de 2003, opera como um início de reparação estatal das injustiças econômica e cultural diante da desinstitucionalização de normas culturais impregnadas no pensamento jurídico que se prevalecessem manteriam os povos em subordinação nas estruturas de poder com participação desigual. Nesse sentido, operou-se a validade da norma jurídica do art. 68 do ADCT com o sentido atribuído pelo decreto impugnado que é o resultado das reivindicações por justiça distributiva e por justiça de reconhecimento.

Os *amicus curiae* pela constitucionalidade do decreto atacado levaram ao processo as noções de redistribuição e reconhecimento transformativos ao proporem alterações interpretativas na estrutura do direito – acolhidas pela maioria dos ministros – previsto no art. 68 do ADCT, atribuindo-lhe sentido que significou a desinstitucionalização das normas culturais racistas que pairam sobre a temática. Ao mesmo tempo colaboraram para impedir que a titulação carregasse a ideia de afirmação bem presente na petição inicial que clamava pela não concessão de títulos a mais do que se deveria, evidenciando o olhar reificante e estigmatizante sobre as comunidades remanescentes.

Certamente a institucionalização do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, informado pelos imperativos da justiça distributiva e de reconhecimento,

⁹⁹ A questão não é dissolver toda a diferença [...] numa identidade humana única e universal; mas sim manter um campo [...] de diferenças múltiplas, não-binárias, fluidas, sempre em movimento. (FRASER, 2006, p. 237).

acontece tardiamente na sociedade brasileira em um processo que tramitou por quase 15 anos, o que serve para indicar que na prática burocrática dos processos administrativos¹⁰⁰ de reconhecimento delimitação e demarcação dos territórios as lutas simbólicas para a efetivação do direito continuarão.

Nesse sentido, reconhecendo a importância da decisão da Suprema Corte para os povos quilombolas no Brasil, pode-se compreender que o direito de autodeterminação ratificado em favor das comunidades remanescentes constitui-se em um importante recurso jurídico disponível para ser utilizado na prática dos processos administrativos como arma simbólica na continuidade das lutas pela sua efetivação.

A decisão proferida na ADI n.º 3.239 de outro modo pode servir como recurso de pressão para a agilidade, especialmente nos processo de titulação das comunidades quilombolas já reconhecidas pela FCP. Do ano de 2001, quando da edição do Decreto n.º 3.912 até 2014 foram reconhecidas e certificadas pela FCP 2.402 (duas mil, quatrocentos e duas) comunidades quilombolas em todo o território nacional, sendo que dessas, no período de 2001 a 2013, apenas 127 titulações ocorreram. No Estado do Espírito Santo ao todo são 34 comunidades certificadas e nenhuma titulada definitivamente, conforme se vê na tabela abaixo¹⁰¹:

ES	99	SERRARIA	SERRARIA E SÃO CRISTÓVÃO	3 - Decreto
ES	101	SÃO CRISTÓVÃO	SERRARIA E SÃO CRISTÓVÃO	3 - Decreto
ES	102	SÃO PEDRO - ES	SÃO PEDRO - ES	3 - Decreto
ES	145	RETIRO	RETIRO	3 - Decreto
ES	123	MONTE ALEGRE - ES	MONTE ALEGRE	1 - RTID
ES	134	SÃO JORGE	SÃO JORGE	1 - RTID
ES	165	SÃO DOMINGOS - ES	SÃO DOMINGOS - ES	1 - RTID
ES	884	ANGELIM		0 - certificada

¹⁰⁰ Vide item 2.4.2, capítulo 2.

¹⁰¹ Explicando as fases processuais das comunidades do Estado do Espírito Santo: 1) **Certificada**: como primeiro ato estatal significa a chancela de que determinado grupo social obteve o reconhecimento de sua autodefinição enquanto comunidade quilombola pela FCP, nos termos do art. 3º, § 4º do Decreto n.º 4.887/2003. 2) **RTID**: após a certificação o relatório técnico de identificação e delimitação é a primeira etapa, no âmbito do INCRA, relacionada à regularização fundiária da comunidade com o reconhecimento certificado. A elaboração desse relatório visa ao levantamento de informações cartográficas, fundiárias, agronômicas, ecológicas, geográficas, socioeconômicas, etnográficas, entre outras, visando à identificação dos limites territoriais das comunidades quilombolas. 3) **Decreto**: refere-se à fase de edição em do decreto de desapropriação nos casos em que há imóveis privados sobrepostos aos territórios quilombolas. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/passos_a_passo_quilombolas>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ES	885	ANGELIM II		0 - Certificada
ES	886	ANGELIM III		0 - Certificada
ES	887	ANGELIM DISA		0 - Certificada
ES	888	CÓRREGO DO MACUCO		0 - Certificada
ES	889	RODA D'ÁGUA		0 - Certificada
ES	1068	BOA ESPERANÇA		0 - Certificada
ES	1069	CACIMBINHA		0 - Certificada
ES	2018	CÓRREGO DO SERTÃO		0 - Certificada
ES	2019	CÓRREGO SANTA IZABEL		0 - Certificada
ES	2020	COXI		0 - Certificada
ES	2021	DONA GUILHERMINDA		0 - Certificada
ES	2022	LINHARINHO		0 - Certificada
ES	2023	SANTANA		0 - Certificada
ES	2024	SANTANINHA		0 - Certificada
ES	2025	ALTO DO IGUAPE		0 - Certificada
ES	2026	GRAÚNA		0 - Certificada
ES	2027	BEIRA-RIO ARURAL		0 - Certificada
ES	2028	CACIMBA		0 - Certificada
ES	2029	CHIADO		0 - Certificada
ES	2030	CÓRREGO SECO		0 - Certificada
ES	2031	DILÔ BARBOSA		0 - Certificada
ES	2032	MATA SEDE		0 - Certificada
ES	2033	NOVA VISTA		0 - Certificada
ES	2034	PALMITO		0 - Certificada
ES	2035	SÃO DOMINGOS DE ITAUNINHAS		0 - Certificada
ES	2036	PEDRA BRANCA		0 - Certificada

Fonte: Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR). 2018.

Os processos de reconhecimento vinham acontecendo de modo mais efetivo até o ano de 2014 e não há registros oficiais de novos reconhecimentos a partir deste ano. No tocante às titulações, percebe-se que até o ano de 2013 ocorreram de forma lenta e indicando um

processo de queda, sendo que após este ano não há registros oficiais do governo federal acerca de comunidades tituladas.

O que se sabe é que tão logo se iniciara o governo do Presidente Michel Temer suspendeu-se¹⁰² todos os processos de demarcação e titulação por determinação da Casa Civil da Presidência da República órgão o qual ficou incumbido pelo art. 3º, inciso V, e art. 29, ambos da Lei 13.502 de 2017 de controlar os processos de reconhecimento, demarcação e titulação das comunidades remanescentes de quilombo. Portanto, percebe-se que os quilombolas conseguiram um importante recurso com a institucionalização do direito de autodeterminação com todos os elementos atuais do conceito de quilombo e de outro lado, aqueles que discordam do que foi decidido pela Suprema Corte tem as possibilidades de controlar os povos por meio do regime burocrático da Administração Pública limitando o direito e, dessa forma, a certeza que se tem é de que as lutas e disputas continuam.

¹⁰² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/quilombolas-mpf-defende-retomada-de-processos-de-demarcacao-e-titulacao-de-terras>. Acesso em 2 fev. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inscrição do art. 68 do ADCT na nova ordem social brasileira que se desenhava na década de 1980, evidencia por um lado, a guinada da Constituição de 1988 em direção ao direito dos remanescentes das comunidades de quilombo e, de outro, os resultados dos agenciamentos na arena social que resultaram na redação do dispositivo constitucional, rompendo com o silêncio normativo que perdurava, a bem da verdade, por mais de 100 anos.

De povos invisíveis passaram a serem destinatários de um direito transitório, porque prevalecera, quando da redação do dispositivo constitucional, a noção eurocêntrica que alimentava o imaginário de que as comunidades de quilombo haviam desaparecido em 1888 por meio da liberdade, igualdade e integração mágicas que a abolição formal constituiu em favor da população negra no Brasil.

Mesmo considerada uma conquista importante, a visibilidade constitucional trazida pelo art. 68 do ADCT, ao invés de proporcionar um curso histórico evolutivo de efetivação de direitos historicamente negados, fez ressurgir com muita densidade, as disputas políticas pela atribuição de sentido normativo a esse direito. Iniciou-se uma batalha no cenário político e social com diversos questionamentos sobre o que são quilombos? O que são quilombolas? Remanescentes é o mesmo que descendentes? Como se constituíram? São grupos étnicos? São povos com direito a território coletivo? Podem se autodeterminar quilombolas? A Constituição estabeleceu um marco temporal?

Essas questões em torno da norma constitucional mostram as dificuldades que sempre se invocam, quando se trata de conceder eficácia normativa aos direitos de povos invisíveis dentro da sociedade nacional e essas discussões se arrastaram por quase 30 anos após a promulgação da Constituição de 1988, confirmando as desigualdades ainda persistentes nas estruturas sociais brasileiras em relação aos povos quilombolas que fazem parte de um processo de abolição lenta e gradual.

Nesse contexto de discussões a atenção foi deslocada da efetivação do direito para a definição do conceito de quilombo que ainda era preenchido pelos elementos do paradigma conceitual de 1740, que o caracteriza como um lugar geográfico, longínquo e afastado da civilização em que escravos fugitivos negavam a disciplina do trabalho.

Havia as contribuições históricas que, de algum modo, perpetuavam a constituição racista do conceito de quilombo e mesmo considerando as transformações conceituais trazidas por importantes historiadores, permaneceu por muito tempo uma acepção estrutural que

apreendia o quilombo como um lugar de resistências políticas e/ou culturais ao regime escravocrata, ao que prevaleceu essas concepções também no seio dos movimentos sociais que tinham em pauta causa quilombola, como, por exemplo, o Movimento Negro.

Estudos antropológicos nas décadas de 70 e 80, com o objetivo de conhecer as realidades nas chamadas comunidades negras rurais, levaram ao conhecimento de uma diversidade de situações sociais que se adequavam à categoria jurídica quilombo, prevista na Constituição de 1988, mas tinham diferentes denominações sociais, a exemplo, das terras de preto, terras de santo, terras de herança. Nessas comunidades as memórias da ancestralidade negra ou de resistência histórica e cultural – conforme defendia a historiografia tradicional – à escravidão nem sempre foram aferíveis naturalmente e objetivamente, até porque o quilombo era reduto de criminosos antes de 1888 e, depois, alvos de desagregação em nome do desenvolvimento nacional, o que justifica possibilidades de silenciamentos internos, nas comunidades, como estratégias pela sobrevivência e permanência na terra.

As pesquisas mostraram, ainda, um aspecto comum presente nas comunidades negras rurais, relacionado ao uso e manejo do solo, havendo a predominância do uso compartilhado de outros recursos como os fluxos d'água, por exemplo, sendo proposto identificar esses espaços como terras de uso comum, optando-se pela redução sociológica daquelas realidades nas quais se verificaram uma territorialidade particular. Dessa forma, a historiografia e a sociologia contemporânea passaram a se afastar da conceituação essencializante de quilombo ao perceberem que a persistência da visão frigorificada, amparada no paradigma conceitual clássico, seria capaz de deixar de fora do espectro de incidência do art. 68 do ADCT inúmeras comunidades remanescentes de quilombo, sejam no meio rural ou urbano.

Entra em cena, assim, a definição antropológica de quilombo elaborada pela ABA em 1994 que atualiza o conceito inserindo os novos elementos etnicidade e territorialidade, esclarecendo os quilombos como experiências sociais diversas não sendo possível pensar em um conceito pronto e acabado em que pese a necessidade de generalizar alguns aspectos para preenchimento normativo do art. 68 do ADCT. Esses aspectos gerais apontaram para os diacríticos comuns identificáveis nas comunidades como, por exemplo, território, cultura, e relações racializadas que foram deslocados para as bordas do conceito, a partir da noção de etnicidade.

Ao final dos anos noventa as lutas pela efetivação do art. 68 do ADCT desembocaram no âmbito estatal, nos Poderes Legislativo e Executivo, com propostas de leis, de emendas constitucionais e atos administrativos que veiculavam as concepções clássica e

contemporânea de quilombo, sendo que os agenciamentos ancorados na primeira preponderaram, quando em 2001 foi editado o Decreto n.º 3.912 que regulamentava o direito constitucional amparado no viés historicista ao apreender o quilombo como vestígios físicos que deveriam ser identificados por pesquisa arqueológica. Da mesma forma, estabeleceu dois marcos temporais ao impor aos possíveis remanescentes o ônus de provar uma continuidade possessória das terras de 1888 a 1988, confinando as possibilidades de existência das comunidades nesse período de 100 anos.

Ainda no início do século, no ano de 2003, entra em vigor no Brasil a Convenção n.º 169 da OIT que fez ingressar no Ordenamento Jurídico interno o direito de autodeterminação coletiva dos grupos étnicos indígenas e outras coletividades ao consagrar a necessidade de consideração da consciência da identidade étnica como imprescindível para a aplicação da referida convenção. O direito de autodeterminação ingressou no Brasil, a partir de sua construção no cenário internacional como autoatribuição coletiva, significando, para além da determinação da identidade étnica coletiva, o autocontrole sobre o próprio desenvolvimento das comunidades.

O conteúdo do direito de autodeterminação estabelecido no âmbito da OIT consolida a ressemantização das categorias povo, território e autodeterminação que eram impregnadas dos significados atribuídos à época da constituição da ONU, quando a compreensão dessas categorias foi restringida aos limites dos Estados independentes. Enquanto que no Brasil essa ressemantização era feita pela antropologia que elaborava o novo conceito de quilombo, conforme já vimos.

Certamente que a par do novo conceito histórico-antropológico de quilombo, as comunidades remanescentes tinham ao seu favor mais um recurso jurídico, agora, de origem internacional, que reforçava sobretudo as suas lutas pela aplicação do art. 68 do ADCT e nesse ponto é importante frisar que o fato de haver no Ordenamento Jurídico um direito informado pela atualidade que o tema quilombola exigia fez que com que os povos se apropriassem do direito como o principal recurso jurídico capaz de proporcionar uma nova leitura do dispositivo constitucional objeto de debate.

Dessa forma, o direito de autodeterminação dos povos ganhava protagonismo nos discursos que propunham uma interpretação menos historicista dos direitos dos quilombolas previstos na Constituição de 1988 nos quais se vislumbravam um falso reconhecimento de reminiscências culturais quase impossíveis de serem comprovadas, sendo que os reflexos advindos desse processo de construção de significação normativa foram percebidos no âmbito

do Poder Executivo pelo que, ainda, no ano de 2003 foi editado o Decreto n.º 4.887. Este decreto foi elaborado com ampla participação de representantes estatais do governo federal e de representantes dos remanescentes das comunidades de quilombo e, dessa forma, devolveu eficácia ao art. 68 do ADCT ao se amparar no direito de autodeterminação dos povos previsto na Convenção n.º 169 da OIT.

O recente decreto editado pelo então Presidente Lula trouxe o conceito de quilombo a partir da definição de diacríticos mais amplos e, assim, permitiu a incidência da norma constitucional a uma quantidade maior de realidades sociais destinatárias de sua aplicação. Ratificou que seriam considerados remanescentes de quilombos grupos étnico-raciais, assim, autodeterminados, com trajetória histórica própria, com relações territoriais específicas e com presunção de ancestralidade negra. Críticas à parte, o fato é que se demonstrou ser este decreto um importante mecanismo de efetivação do direito do art. 68 do ADCT ao procedimentalizar o direito de autodeterminação étnica, especialmente, considerando o aspecto do território na definição conceitual.

A partir de então, verificamos que a estratégia dos segmentos contrários a mais nova perspectiva conceitual de quilombo, agora jurídico-histórico-antropológica, consistia na utilização da máquina burocrática com o oferecimento de obstáculos à efetivação do decreto presidencial, notadamente com a edição da Instrução Normativa n.º 57 do INCRA que estabelece uma verdadeira *via crucis* ao prever quatorze fases para legitimar a autodeterminação étnica das comunidades, como remanescentes de quilombo.

Mas as dificuldades não foram somente estas, pois no mesmo período, especificamente no início de 2004 foi protocolada no STF a ADI n.º 3239 ajuizada pelo atual Partido Democratas que questionava a validade formal e material do Decreto n.º 4.887, mas ao analisar o processo, objeto de pesquisa que resultou nessa dissertação, fica transparente que as verdadeiras preocupações do autor da ação é com a regulamentação do direito de autodeterminação aos povos quilombolas no presente decreto.

A previsão da autodeterminação no decreto impugnado impôs uma releitura do art. 68 do ADCT que se afasta da ideia de titulação apenas a reminiscências culturais objetivas, ou físicas – quando combinado com os arts. 215 e 216 da CR/88 – para a perspectiva distributiva, com possibilidade de titulação de uma quantidade maior de territórios que consistem em verdadeiras organizações sociais e, do reconhecimento cultural por meio da possibilidade de igualdade de estatuto de seus integrantes com os demais membros da sociedade envolvente, ao se reconhecerem diferenças culturais no presente.

Desse modo, desaguaram na ADI n.º 3.239 todas aquelas dificuldades levantadas sobre quem seriam os quilombos e quilombolas, ou quais terras deveriam ser tituladas e, ainda, e principalmente, foi objeto de discussão a legitimidade da aplicação do direito de autodeterminação coletiva de grupo étnico enquanto comunidade remanescente. Nesse diapasão, restou nítido que o autor da ação reivindicava a definição do direito do art. 68 do ADCT a partir do paradigma histórico colonial, no que foi seguido pelos *amicus curiae* interessados na declaração da inconstitucionalidade total do decreto impugnado. Ao passo que os *amicus curiae* que ingressaram para a defesa dos direitos quilombolas reivindicavam a institucionalização, no processo, do direito de autodeterminação quilombola, combinado com o art. 68 do ADCT.

O processo da ADI n.º 3.239, então, tornou-se palco de uma luta política entre os sujeitos do processo que disputavam a consagração pelos ministros do STF da significação legítima do direito territorial quilombola no Ordenamento Jurídico brasileiro. Nesse ponto é preciso lembrar que, em que pese o conteúdo político e histórico da demanda, representantes diretos de setores conservadores, tampouco das comunidades quilombolas não puderam participar do processo, ante a negativa de realização de audiências públicas pelo Ministro Relator da ação.

Sem embargo, a principal arma simbólica que estava disponível era o ingresso de órgãos estatais e não estatais que pudessem colaborar com a construção normativa em questão, isso para ambos os pontos de vista, acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do Decreto n.º 4.887 de 2003. Constatamos que os segmentos alinhados com o conteúdo da petição inicial tentaram nivelar a demanda em torno da dicotomia terras públicas e terras particulares, enquadrando os quilombos eventualmente titulados no conceito de terras públicas, porque seriam patrimônio cultural da sociedade brasileira.

De outra forma, os segmentos em sintonia com as reivindicações dos povos quilombolas levaram para o processo uma denúncia histórica de racismos e antagonismos sociais e os danos institucionalizados provocados a esses grupos que ainda vivem à margem das políticas públicas estatais, especialmente, as relacionadas ao acesso a terra. Igualmente, posicionaram-se pela efetivação do direito de autodeterminação dos povos quilombolas e sua aplicação combinada ao art. 68 do ADCT, reforçando que os integrantes dessas comunidades, que se encontram espalhadas Brasil afora, são povos culturais distintos, com direito a autodeterminação coletiva para acesso legal ao território que lhes pertencem de fato.

Na fase de produção da decisão acerca da controvérsia constitucional – ao que nos interessa o aspecto material – ficou demonstrada, inicialmente, a ausência de acúmulo cultural de alguns ministros do STF para lidar com o tema, sendo que se referiam aos remanescentes como minorias culturais ou enquanto destinatários do benefício previsto no art. 68 do ADCT, lembrando que o processo tramitou por quase 15 anos e a decisão não ocorreu numa única sessão plenária, o que evidenciou, no mínimo, ausência de conhecimento para o enfrentamento da matéria.

O primeiro voto refletiu as visões do autor da ação considerando o decreto impugnado inválido e, passados alguns anos foi proferido o segundo voto sendo este pela constitucionalidade do decreto presidencial, mas continha uma fundamentação a favor do marco temporal em 1988 e, passados mais alguns anos, no terceiro voto, também pela constitucionalidade do decreto, ficou definido o marco temporal em 5 de outubro de 1988 que limitava o exercício do direito de autodeterminação dos povos quilombolas desta data para trás a partir da constatação de que estivessem ocupando seus territórios na mesma data, exceto se estivessem fora por desapossamento forçado, mas teriam que provar essa situação.

Nada estava definido e a sombra do marco temporal pairava sobre a Suprema Corte, quando no quarto voto foram derrubados os argumentos que estabeleciam quaisquer condicionantes que restringiam o sentido do direito de autodeterminação dos povos quilombolas, estando o Decreto n.º 4.887 de 2003 válido em seu aspecto formal e material e por isso os grupos étnicos autodefinidos quilombolas, de acordo com as regulamentações do referido decreto, poderiam iniciar o processo de reconhecimento, demarcação e titulação de suas terras.

Ao final do julgamento, dos onze ministros da Suprema Corte, oito proferiram seus votos pela validade do decreto impugnado e, posicionando-se contra a alegada inconstitucionalidade material, não acataram quaisquer condicionantes aos direitos dos povos quilombolas, sendo o decreto válido e, portanto, os grupos étnicos autodefinidos quilombolas de acordo com o estabelecido no art. 2º do Decreto n.º 4.887 de 2003 fazem jus ao reconhecimento, demarcação e titulação de suas terras.

Portanto, institucionalizaram e legitimaram, por meio da ADI n.º 3.239, o sentido do direito de autodeterminação quilombola previsto na Convenção n.º 169 da OIT, combinando-o com o art. 68 do ADCT e, com isso, dispuseram em favor das comunidades remanescentes mais um recurso importante para a continuidade da luta pelos seus direitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino. **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. São Paulo: FGV, 2002. pp. 43-82.
- ALMEIDA, Heloísa Buarque de. Dilemas do reconhecimento: apresentação ao artigo de Nancy Fraser. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 15, n. 14-15, pp. 227-230. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50108>. Acesso em: 14 dez. 2017.
- ARRUTI, José Maurício. Morte e vida no nordeste indígena: a emergência étnica como fenômeno histórico regional. **Estudos históricos**, Rio de Janeiro, vol. 8, n.º 15, pp. 57-94, 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1995>. Acesso em: 10 out. 2017.
- _____. **Quilombos**. In: PINHO, Osmundo; SANSONE, Livio. **Raça: novas perspectivas antropológicas**. Salvador: EDUFBA, 2008, pp. 315-350. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/3tqqd/pdf/pinho-9788523212254.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA). **Documento do grupo de trabalho sobre comunidades negras rurais**. 1994. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/005COMISSOESGTS/quilombos/DocQuilombosABA_1a.pdf>.<http://www.abant.org.br/conteudo/005COMISSOESGTS/quilombos/DocQuilombosABA_1b.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- BARTH, Fredrik. Temáticas permanentes e emergentes na análise da etnicidade. In: VERMEULEN, Hans; GOVERS, Cora. **Antropologia da etnicidade: para além de “ethnic groups and boundaries”**. Lisboa: Fim de Século, 2003, pp. 19-44. Disponível em: <<http://www.antropologias.org/files/downloads/2012/11/Vermeulen-Govers-Antropologia-da-etnicidade.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BIAZI, Antonia Sofia Mafrica. O princípio de autodeterminação dos povos dentro e fora do contexto da descolonização. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, pp. 181-183, jul/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1732-3304-1-sm.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 dez. 2017.
- _____. **Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. **Decreto de 13 de maio de 2003.** Institui Grupo de Trabalho com a finalidade de rever as disposições contidas no Decreto n.º 3.912, de 10 de setembro de 2001 [...]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn9878.htm >. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004,** promulga a Convenção n.º 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2002, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, entrando em vigor em 25 de julho de 2003, sendo promulgada pelo Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. **Decreto n.º 3.912, de 10 de setembro de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3912.htm. Acesso em: 7 jan. 2018 .

_____. **Decreto n.º 4.883, de 20 de novembro de 2003.** Transfere a competência que menciona, referida na Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4883.htm>. Acesso em: 6 jan. 2018.

_____. **Decreto n.º 4.886, de 20 de novembro de 2003.** Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4886.htm >. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. **Decreto n.º 6.040 de 07 de fevereiro de 2007.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm >. Acesso em: 14 de jan. 2018.

_____. **Decreto n.º 8.750, de 9 de maio de 2016.** Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8750.htm >. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. **Instrução Normativa n.º 57, INCRA.** Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam [...]. Disponível em: < http://www.incra.gov.br/media/institucional/legislacao/atos_internos/instrucoes/instrucao_normativa/in_57_2009_quilombolas.pdf >. Acesso em: 6 fev. 2018.

_____. **Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. **Lei n.º 13.345, de 10 de outubro de 2016.** Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, cria as Secretarias Especiais dos Direitos da Pessoa com Deficiência e de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113345.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. **Lei n.º 13.502, de 1º de novembro de 2017.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016; e revoga a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e a Medida Provisória nº 768, de 2 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13502.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. **Lei n.º 7.668, de 22 de agosto de 1988.** Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7668.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

_____. **Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9649cons.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

_____. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm> Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. **Medida provisória n.º 2.216-37, de 31 de agosto de 2001.** Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2216-37.htm#art8. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. **Mensagem n.º 370, de 13 de maio de 2002.** Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar integralmente, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 129, de 1995 (nº 3.207/97 na Câmara dos Deputados), [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/2002/Mv370-02.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

_____. **Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo.** Susta a aplicação do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=352032>> Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. **Projeto de Lei n.º 3.207, de 1997.** Comissão de constituição e justiça e de redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao projeto de Lei n.º 3.207-D, de 1997, do

Senado Federal (PLS n.º 129, na Casa de origem). Disponível em: <http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CBE891FFB58785526A6A77CE67587DD7.proposicoesWebExterno1?codteor=123412&filename=Tramitacao-PL+3207/1997>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 161, de 2007.** Altera o inciso III do art. 225 e o § 4º do art. 231 da Constituição Federal, e art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=368527>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 215-A, de 2000.** [...] Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; [...]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Quadro histórico dos dispositivos constitucionais:** art. 68 ADCT. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/33842>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239.** Sessão plenária. Brasília, 12 abr. 2012, parte 1. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Gm2cH_vrhzg>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239.** Sessão plenária. Brasília, 12 abr. 2012, parte 2. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FPxJ8GTDY7c>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239.** Sessão plenária. Brasília, 12 abr. 2012, parte 3. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=C9JlJtwopSE>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239.** Sessão plenária. Brasília, 12 abr. 2012, parte 4. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VNVstliOnWk>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239.** Sessão plenária. Brasília, 12 abr. 2012, parte 5. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZV94XhbFV6s>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239.** Sessão plenária. Brasília, 25 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=x7eV3fA6XTg>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239**. Sessão plenária. Brasília, 8 fev. 2018, parte 1. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8-4nFKf49g4>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239**. Sessão plenária. Brasília, 8 fev. 2018, parte 2. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gaLcOajGV8Y>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: nov. 2018.

CLAVERO, Bartolomé. Constitucionalismo y colonialismo em las Américas: el paradigma perdido em la historia constitucional. **Revista de História del Derecho**, Buenos Aires, n. 53, pp. 23-39, enero/junio. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842017000100002>. Acesso em: 6 nov. 2017.

_____. Consulta indígena: [...] entre derecho constitucional y derechos humanos. In: IV CONGRESO INTERNACIONAL *PROCESO Y CONSTITUCIÓN*, 2014, Bogotá, pp. 1-28.

_____. **Derecho indígena y cultura constitucional em américa**. Siglo XXI, 1994.

_____. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, vol. 31, n. 62, dez. 2011. Entrevista concedida a: José Reinaldo de Lima Lopes, professor associado (livre docente) da Universidade de São Paulo (USP), Andréa Slemian, professora adjunta da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), Keila Grinberg, professora associada da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio) e Ivan de Andrade Vellasco, professor associado da Universidade Federal de São João Del Rei (UFSJ).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. de 2017.

_____. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname**. Sentencia de 15 de junio de 2005. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponível em: < http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. **Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam**. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. **Caso Saramaka vs. Surinam**. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Caso Tiu Tojín vs. Guatemala**. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade y eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**: Buenos Aires: CLACSO, 2000. pp. 25-33.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 63, pp. 7-20, 2002. Disponível em: < <http://journals.openedition.org/rccs/1250>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Da redistribuição ao reconhecimento. **Cadernos de campo**. São Paulo, n. 14/15, pp. 231-239, 2006. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Reconhecimento sem ética? **Lua nova: revista de cultura e política**. São Paulo, n. 70, pp 101-138, 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Repensando o reconhecimento. **Enfoques**: revista semestral eletrônica dos alunos do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ, Rio de Janeiro, v.9, n.1, pp.114-128, 2010. Disponível em: < <http://www.enfoques.ifcs.ufrj.br/ojs/index.php/enfoques/article/view/102/94>>. Acesso em 2 dez. 2017.

GADELHA, Regina Maria d'Aquino Fonseca. A lei de terras (1850) e a abolição da escravidão: capitalismo e força de trabalho no Brasil do século XIX. **Revista de História da USP**. São Paulo, n. 120, pp. 153-152, jan/jul. 1989. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18599>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

GOMES, Flávio dos Santos. **Histórias de quilombolas: mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro, século XIX**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. A república de 1989: utopia de branco, medo de preto (a liberdade é negra; a igualdade, branca e a fraternidade, mestiça). **Contemporânea: revista de sociologia da UFSCAR**, São Carlos, v. 1, n. 2, pp. 17-36, 2011. Disponível em: < <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/34>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

_____. Cor e raça. In: PINHO, Osmundo; SANSONE, Livio. **Raça: novas perspectivas antropológicas**. Salvador: EDUFBA, 2008, pp. 63-82. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/3tqqd/pdf/pinho-9788523212254.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

HUACO PALOMINO, Marco Antônio. **Los trabajos preparatorios del convênio n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales em países independientes**. Lima: Fundación Konrad Adenauer (KAS) y Director Programa Regional de Participación Política Indígena, 2015. 1

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO). **Informe de de la comisión de expertos em aplicación de convênios y recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)**. Disponível em: < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (N.º 169)**. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314>. Acesso em: 15 jan. 2018.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. As decisões interpretativas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário. **Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória**, Vitória, n. 9, pp. 169-225, jan./dez, 2005.

_____. **Direito constitucional: teoria da constituição**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Uma teoria da justiça para o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

LUCAS, Douglas Cesar; OBERTO, Leonice Cadore. Redistribuição versus reconhecimento: apontamentos sobre o debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, n. 1, pp. 31-39, jan/jun, 2010. Disponível em: < <http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/4773>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

MADUREIRA, Cláudio. **Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MOURA, Clóvis. **Rebeliões da senzala**: quilombos, insurreições, guerrilhas. São Paulo: Ciências Humanas, 1981.

MOVIMENTO NEGRO. Convenção nacional do negro pela constituinte. Disponível em: <<http://www.institutobuzios.org.br/documentos/CONVEN%C3%87%C3%83O%20NACIONAL%20DO%20NEGRO%20PELA%20CONSTITUTINTE%201986.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

OLIVEIRA, Natane Franciella de. **Um quilombo contestado**: análise sobre o processo de demarcação de terras quilombolas. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro: Centro de Informação da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>>. Acesso em 4 nov. 2017.

_____. **Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/dec60.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

_____. **Declaração sobre os princípios de Direito internacional referentes as relações de amizade e a cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&referer=/english/&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&referer=/english/&Lang=S)>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC. 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. **Pacto internacional sobre direitos civis e políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 6 nov. 2017.

_____. **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**. Acesso em: 7 nov. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. **Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas.** Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 18 nov. 2017.

_____. **Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-os-direitos-das-pessoas-pertencentes-a-minorias-nacionais-ou-etnicas-religiosas-e-linguisticas.html>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Carta da organização dos estados americanos.** Disponível em: < https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

_____. **Convenção americana de direitos humanos.** Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 19 nov. 2017.

_____. **Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas.** Disponível em: < <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n.º 107 de 5 de julho de 1957.** Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: < http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235197/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 5 nov. 2017.

_____. **Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais.** Brasília: OIT, 2011. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm . Acesso em 12 nov. 2017.

ORTNER, Sherry, B. Poder e projetos: reflexões sobre a agência. In: GROSSI, Miriam Pillar; ECKERT, Cornelia; FRY, Peter Henry. **Conferências e diálogos:** saberes e práticas antropológicas. Goiânia: Nova Letra, 2007. pp. 45-80. Disponível em: < <http://www.abant.org.br/conteudo/livros/ConferenciaseDialogos.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Uma atualização da teoria da prática. In: GROSSI, Miriam Pillar; ECKERT, Cornelia; FRY, Peter Henry. **Conferências e diálogos:** saberes e práticas antropológicas. Goiânia: Nova Letra, 2007. pp. 17-44. Disponível em: < <http://www.abant.org.br/conteudo/livros/ConferenciaseDialogos.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo. **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000. pp. 123-152.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Memórias do distrito diamantino da comarca do serro frio província de minas gerais**. Rio de Janeiro: Americana, 1868.

SARTLE, Ingo; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Geraldo Luiz; JESUS, da Jayro Pereira de. Contextualização e perspectiva. In: GOMES JÚNIOR, Jackson; SILVA, Geraldo Luiz da; COSTA, Paulo Afonso Bracarense. **Paraná negro**. 1. ed. Curitiba: UFPR/PROEC, 2008. pp. 17-20.

SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir**. 2017. 239 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal como retrocessos dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Os direitos territoriais quilombolas além do marco temporal**. Goiânia: PUC Goiás, 2016, pp. 56-84. Disponível em: < <https://racismoambiental.net.br/wp-content/uploads/2017/08/DireitosTerritoriaisQuilombolas3.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

SILVA, Sandro José da. **Do fundo daqui: luta política e identidade quilombola no Espírito Santo**. 2012. 342 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. O direito à terra das comunidades quilombolas: art. 68 do ADCT. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/432_Comunidades_quilombolas_direito_a_terra.pdf f. Acesso em: 6 jan. 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. pp. 35-54.

SOUZA, Bárbara Oliveira. **Aquilombar-se: panorama histórico, identitário e político do movimento quilombola brasileiro**. 2008. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, 2008.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Inconstitucionalidade do marco temporal como referência histórica para a constituição do direito quilombola. In: WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Os direitos territoriais quilombolas além do marco temporal**. Goiânia: PUC Goiás, 2016, pp. 85-105. Disponível em: < <https://racismoambiental.net.br/wp-content/uploads/2017/08/DireitosTerritoriaisQuilombolas3.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Os territórios quilombolas como espaços de preservação da identidade nacional e do meio ambiente. 2012. **Entrevista concedida a Assessoria de Comunicação da Fundação Cultural Palmares**, 13 abr. 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Os direitos territoriais quilombolas além do marco temporal**. Goiânia: PUC Goiás, 2016. Disponível em: < <https://racismoambiental.net.br/wp-content/uploads/2017/08/DireitosTerritoriaisQuilombolas3.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo civil constitucional**. 3. ed. No prelo.